

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La sélection, le recrutement et la progression des agents statutaires et des mandataires

Nihoul, Marc; Barcena-Fernandez, François-Xavier

Published in:

Droit et contentieux de la fonction publique

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M & Barcena-Fernandez, F-X 2013, La sélection, le recrutement et la progression des agents statutaires et des mandataires. Dans *Droit et contentieux de la fonction publique*. IFE Benelux, Bruxelles, p. 3-37.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

1^{er} THÈME

**LA SÉLECTION, LE RECRUTEMENT ET LA
PROGRESSION DES AGENTS STATUTAIRES ET DI
MANDATAIRES¹**

par

Marc NIHOUL

Professeur à l'Université de Namur
Avocat

et

François-Xavier BARCENA

Assistant à l'Université de Namur
Maître-assistant H.E.F.Ferrer et HENALLUX

¹ Avertissement : la présente contribution est avant tout didactique et concerne l'actualité du droit de la fonction publique sou mentionné dans le titre.

I. LA SÉLECTION ET LE RECRUTEMENT DE L'AGENT STATUTAIRE

1 – Avant qu'intervienne la nomination, la procédure ordinaire de recrutement requiert une déclaration de vacance établie dans le respect du cadre organique (A) et linguistique (B), lorsque ce dernier existe. Des conditions d'accès (C) doivent être remplies par les personnes physiques désireuses de participer aux épreuves de recrutement (D) qui déboucheront sur une comparaison effective des titres et mérites des candidats (E). La nomination proprement dite (G) interviendra après la réussite d'un stage (F) dont les caractéristiques méritent d'être rappelées.

A. — La déclaration de vacance

2 – Seuls les emplois déclarés vacants au cadre statutaire peuvent faire l'objet d'une décision de vacance d'emploi². Cela implique que pour pouvoir être déclaré vacant, l'emploi doit être prévu au cadre organique de l'administration concernée.

Rappelons que le cadre organique « crée et [...] organise les emplois de fonctionnaire au sein de l'administration »³. Il exprime, en d'autres termes, l'état des besoins en personnel de l'administration.

L'emploi d'un agent est « la prévision administrative et financière de la désignation d'un fonctionnaire »⁴. Une nomination est faite dans un emploi à un grade déterminé. Ce dernier permet de situer l'agent dans la hiérarchie administrative, laquelle est organisée par le cadre organique en niveaux.

3 – Sur le plan procédural, on notera que :

- la décision de déclarer un emploi vacant ou non est un acte préparatoire qui n'est pas susceptible de faire grief aux agents et ne peut donc, en tant que tel, faire l'objet d'un recours en annulation⁵. Cependant, la décision d'ouvrir ou non un emploi est un acte préparatoire dont l'illégalité peut être invoquée à l'appui d'un recours en annulation dirigé contre la nomination ou le refus de nomination qui constituera l'acte final de la procédure⁶ ;
- dans le même ordre d'idées, sont en principe des actes préparatoires la décision de mettre un emploi en compétition, une proposition d'avancement faite par un conseil de direction, la décision de recourir à un organisme privé ou encore, le choix de l'épreuve de recrutement.

2 Une nomination en surnombre est donc illégale, à moins de reposer sur une disposition expresse l'autorisant : C.E., *Zimmer*, n° 137.893, 1^{er} décembre 2004.

3 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 71.

4 *Ibidem*, p. 72.

5 C.E., *Claux*, n° 52.599, 29 mars 1995 ; C.E., *Dacier*, n° 78.589, 5 février 1999 ; C.E., *Jassogne*, n° 82.285, 16 septembre 1999 ; C.E., *Saint-Viteux*, n° 124.003 et 124.004, 8 octobre 2003 ; C.E., *Chambre d'arrondissement des huissiers de justice de Huy*, n° 129.107, 10 mars 2004 ; C.E., *Herbillon*, n° 136.8045, 27 octobre 2004 ; C.E., *Campagne des notaires de la province du Hainaut*, n° 170.999, 10 mai 2007 ; C.E., *Delvaux*, n° 172.724, 24 juin 2007. Notez toutefois que pareil acte peut prendre une tournure interlocutoire et donc causer grief aux agents, par exemple par les conditions qu'il énonce.

6 C.E., *Robert*, n° 69.586, 13 novembre 1997.

– À l'inverse, une décision de fermeture d'un avis de vacance :

« ne revêt aucun caractère préparatoire puisqu'elle met fin à la procédure de nomination qui avait été engagée ;

Qu'une telle décision fait grief à ceux qui ont présenté leur candidature puisqu'elle les prive de la chance de voir leur candidature retenue dans le cadre de l'appel aux candidats qui avait été lancé ;

Qu'en outre la décision de déclarer à nouveau vacants les emplois en cause est indissociablement liée à celle de fermer l'appel initial aux candidats ;

Que la requête est dès lors recevable *ratione materiae* en tant qu'elle est dirigée contre la décision du Gouvernement wallon du 3 juin 2010 de fermer la vacance de poste d'administrateur général adjoint de l'Office wallon de la formation et de l'emploi et de déclarer à nouveau ce poste vacant »⁷.

En revanche, le fait de perdre une chance de promotion ne constitue pas – sauf circonstances particulières – un préjudice grave difficilement réparable, d'où le rejet de la demande en suspension dans l'arrêt susmentionné.

- La procédure de nomination doit, en règle, débiter par la publication de la déclaration de vacance d'emploi. Cette exigence ressort, entre autres, de l'article 9, §2, de l'Arrêté royal des principes généraux (A.R.P.G.⁸), lequel prévoit l'obligation d'une publication au *Moniteur belge* des procédures de sélection pour les vacances d'emploi « avec prise en compte d'un délai raisonnable entre la publication de la vacance d'emploi et la date ultime de candidature ». Notons que le choix du moment auquel un appel à candidat est fait est un choix en opportunité qui appartient à l'administration et sur lequel le Conseil d'État ne peut opérer de contrôle que marginal⁹.
- Quant au mode d'introduction des candidatures, il a été relevé que « la circonstance qu'une candidature a été transmise par télécopie et non par lettre recommandée comme l'exigeait l'appel aux candidatures n'empêche pas l'autorité de l'accepter. La formalité dont la violation est invoquée concerne le mode de preuve du dépôt de la candidature à l'emploi litigieux. Dès lors que cette modalité de preuve n'est pas prévue à peine de nullité, elle trouve sa raison d'être dans l'intérêt d'une bonne administration et que la réalité de la candidature n'est ni contestée ni contestable, le moyen qui soulève l'irrégularité de la candidature n'est pas fondé »¹⁰.
- Quant au délai mentionné dans les avis de vacance d'emploi, le Conseil d'État considère qu'ils n'ont pas de caractère substantiel et que « sauf disposition expresse, l'autorité peut nommer ou désigner une personne qui aurait fait acte de candidature après l'expiration du délai prescrit »¹¹.

B. — Les cadres linguistiques

4 – La notion de cadre organique ne doit pas être confondue avec celle de cadre linguistique. Le cadre linguistique s'entend du « nombre d'agents qui justifient légalement de la langue attachée à ce cadre et qui peuvent être nommés, dans un service déterminé, aux divers degrés de la hiérarchie aux emplois à un grade déterminé »¹².

7 C.E., *Voës*, n° 211.052, 7 février 2011.

8 Abréviation usuelle de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent.

9 C.E., *Massin*, n° 137.695, 26 novembre 2004.

10 C.E., *Tannah*, n° 200.493, 4 février 2010.

11 C.E., *Malchair*, n° 181.484, 26 mars 2008.

12 P. VANDERNOOT, « La législation linguistique applicable à Bruxelles » in *Het Statuut van Brussel – Bruxelles et son statut*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1999, p. 380.

L'article 43 des lois coordonnées sur l'emploi de langues en matière administrative impose de répartir les emplois du cadre organique en cadres linguistiques, et ce pour les administrations centrales de l'État et celles de la Région de Bruxelles-Capitale.

L'élaboration des cadres poursuit un double objectif : s'assurer, d'une part, que les services disposent des effectifs nécessaires pour traiter les affaires dans le respect des prescriptions de la législation linguistique et assurer, d'autre part, une répartition équilibrée des emplois entre les agents des deux groupes linguistiques¹³.

Cette même notion de cadre linguistique ne doit pas être confondue avec celle de rôle linguistique. En vertu de l'article 43, §2, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, il existe trois cadres linguistiques : le cadre français, le cadre néerlandais et le cadre bilingue. Cette même disposition prévoit que chaque agent est rattaché à un rôle linguistique : le rôle français ou le rôle néerlandais. De cette manière, tout fonctionnaire est attaché à un rôle linguistique (français ou néerlandais) et relève d'un cadre linguistique (français, néerlandais ou bilingue)¹⁴. L'appartenance à un rôle linguistique est définitive, sauf erreur manifeste lors de l'attribution du rôle, tandis que celle à un cadre linguistique ne l'est pas : un agent peut très bien relever du cadre bilingue après avoir réussi un examen du Selor démontrant son bilinguisme.

En ce qui concerne la répartition des différents emplois dans les cadres linguistiques, il convient d'opérer une distinction fondamentale entre les emplois dits « de direction » et ceux des degrés inférieurs. Pour les premiers, à savoir les fonctionnaires des grades de rang 13 et supérieur ou d'un grade équivalent, il est prévu une répartition au sein de trois cadres : français, néerlandais et bilingue (lequel constitue donc un cadre à part entière, et n'est donc pas une division des cadres français et néerlandais). Les autres agents, à savoir ceux des grades de rangs inférieurs aux emplois de direction, sont répartis entre deux cadres : français et néerlandais.

Les emplois de direction sont ventilés comme suit : les cadres français et néerlandais comprennent chacun 40 % des emplois prévus au cadre, tandis que le cadre bilingue comprend les 20 % résiduels. Seuls les fonctionnaires détenant le brevet de bilinguisme du Selor peuvent accéder au cadre bilingue¹⁵. Ce cadre bilingue se justifie par le fait que les « fonctionnaires supérieurs ont une compétence qui s'étend normalement à tout le pays, et non à une seule région linguistique ; ils dirigent des fonctionnaires des deux rôles linguistiques ; de plus, ce bilinguisme de 20 % des hauts fonctionnaires facilitera l'examen des dossiers dans l'une ou l'autre langue, quel que soit le volume des affaires, puisqu'il y aura toujours 60 % des fonctionnaires capables de connaître personnellement, et sans traduction, les dossiers établis dans l'une ou l'autre langue »¹⁷.

Pour les emplois des degrés inférieurs, un arrêté (royal ou du Gouvernement bruxellois) doit déterminer pour une durée maximale de 6 ans, le pourcentage des emplois à attribuer au cadre français et au cadre néerlandais en tenant compte, à tous les degrés de la hiérarchie, de l'importance que représentent respectivement pour chaque service la région de langue française et la région de langue néerlandaise¹⁸. Les cadres linguisti-

13 J. SAROT, *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 303-304 ; F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 177 ; B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 77.

14 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 77.

15 Le rôle linguistique est déterminé lors du recrutement par le régime linguistique de l'examen d'admission, ce dernier se fondant lui-même sur la langue du diplôme ou du certificat ou de la déclaration du directeur d'école attestant que les études ont été faites en français ou en néerlandais. À défaut d'un examen d'admission, le rôle est déterminé en fonction de la langue dans laquelle l'agent a obtenu le diplôme lui donnant accès à la fonction publique (art. 43, §4, al. 1 et 2 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative).

16 V. l'art. 43, §3 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

17 *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1962-1963, n° 304, p. 28.

18 V. l'art. 43, §3 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

ques doivent donc être établis « sur base d'un comptage concret et effectif du volume des affaires dans chacune des langues nationales »¹⁹.

5 – Il en résulte plusieurs implications procédurales dont certaines peuvent être lourdes de conséquences :

- Il est ainsi de jurisprudence constante devant le Conseil d'État²⁰ qu'à défaut de cadre linguistique en vigueur, aucun emploi au cadre organique ne peut faire l'objet d'une nomination. Si tel était le cas, la procédure de nomination ou de promotion des agents doit être tenue pour illégale. À titre exemplatif, le Conseil d'État a encore estimé dans l'arrêt *Lecomte* du 1^{er} février 2011²¹ :

« Que les promotions litigieuses sont intervenues le 21 janvier 2005 ;

Qu'à ce moment, les cadres linguistiques établis par l'arrêté du 10 décembre 1998, précité, avaient cessé de produire leurs effets le 1^{er} janvier 2005, en application de l'article 3 de la loi du 19 octobre 1998 modifiant l'article 43 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 ;

Que l'arrêté portant les nouveaux cadres linguistiques n'a été adopté que le 1^{er} septembre 2005 et qu'il a, de surcroît, été annulé par l'arrêt n° 188.135 du 21 novembre 2008 ; Qu'il s'ensuit que les arrêtés attaqués ont été pris en l'absence de cadre linguistique en méconnaissance de l'article 43 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 » ;

il s'agit là d'un moyen d'ordre public, qui peut – et doit – en conséquence être soulevé d'office par l'auditeur du Conseil d'État ou par le juge lui-même²².

- L'article 43, §5, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative stipule que les promotions ont lieu par cadre. Cela signifie concrètement qu'en cas de déséquilibre (à un certain degré de la hiérarchie) entre les emplois pourvus dans chaque cadre linguistique, le Conseil d'État estime que l'autorité doit promouvoir en priorité les agents relevant du cadre linguistique le moins représenté, et ce jusqu'à ce que l'équilibre soit rétabli. À défaut de respecter ce principe, les promotions accroissant encore le déséquilibre sont illégales et annulées par le Conseil d'État²³. C'est ce qu'illustrent encore très récemment les arrêts *Levaux*²⁴ et *George*²⁵ du 27 mars 2012 dans lesquels le premier moyen était résumé comme suit :

selon le Conseil d'État, il résulte de l'article 43 *ter*, §4, alinéas 1 et 2, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative²⁶

« [...] que les cadres linguistiques visent à réaliser dans chaque service une répartition équilibrée par degré de la hiérarchie, qui doit, à tout moment, se rapprocher le plus possible de l'équi-

19 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 82.

20 V. à titre exemplatif : C.E., *Etienne*, n° 187.272, 22 octobre 2008 ; C.E., *Labruyère*, n° 192.265, 8 avril 2009 ; C.E., *l' Kint de Roodenbeke*, n° 192.837, 29 avril 2009 ; C.E., *Jacob*, n° 206.440, 6 juillet 2010 ; C.E., *Willems*, n° 209.354, 30 novembre 2010 ; C.E., *Jar*, n° 209.365, 30 novembre 2010 ; C.E., *Husquin*, n° 212.042, 15 mars 2011. V. aussi F. GOSSELIN, *op. cit.*, pp. 177 et s.

21 C.E., *Lecomte*, n° 210.935, 1^{er} février 2011.

22 J. SOHIER, « Actualités du droit administratif : la fonction publique » in M. LEROY (coord.), S. BODART, F. MAUSSON, J. SOHIER, E. WILLEMART, *Actualités en droit administratif*, Bruylant 2012, p. 82 et la jurisprudence précitée.

23 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 83.

24 C.E., *Levaux*, n° 218.641, 27 mars 2012.

25 C.E., *George*, n° 218.642, 27 mars 2012.

26 « Le Roi détermine pour chaque service central, pour une durée maximale de six ans, renouvelable s'il n'y a pas de modification, le pourcentage des emplois à attribuer au cadre néerlandais et au cadre français, en tenant compte, à chaque degré linguistique, de l'importance que représentent respectivement pour chaque service la région de langue néerlandaise et la région de langue française. Toutefois, les emplois correspondant aux fonctions de management, excepté l'emploi du président du Comité de direction si le nombre des emplois visés est impair, et les emplois y équivalents sont répartis entre les deux cadres linguistiques en pourcentages égaux à chaque degré linguistique ». Ajoute l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 19 septembre 2005 déterminant, en vue de l'application de l'article 43 *ter* des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966, les emplois des agents des services centraux des services publics fédéraux, qui constituent un même degré de la hiérarchie.

libre fixé in abstracto ; que l'autorité investie du pouvoir de nomination doit, dès lors, veiller à ce que le cadre dont le chiffre d'occupation est descendu le plus au-dessous du nombre fixé réglementairement soit porté au niveau de l'autre cadre ; qu'elle n'a le libre choix que lorsque le nombre d'emplois à conférer est égal pour chaque cadre linguistique ;

[...]

Que par ailleurs, selon l'arrêté royal du 14 juillet 2006 fixant les cadres linguistiques de l'administration centrale du Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement, dans le deuxième degré de la hiérarchie, 50 % des emplois appartiennent au cadre linguistique français et 50 % des emplois appartiennent au cadre linguistique néerlandais ; que lors d'une nomination au deuxième degré de la hiérarchie, la partie adverse doit donc tendre vers un équilibre entre les deux cadres linguistiques ; [...]

qu'il ressort [des] deux tableaux [versés au dossier] que le déséquilibre existant en défaveur du cadre linguistique français a été renforcé par les nominations effectuées à la suite de la procédure de promotion contestée ; que le premier moyen est fondé en tant que les actes attaqués opèrent des nominations dans le cadre linguistique déjà surreprésenté ; qu'il se justifie ainsi d'annuler les nominations intervenues dans le rôle linguistique néerlandais ».

C. — Les conditions d'accès à la fonction publique²⁷

6 – Les conditions d'admissibilité à l'emploi sont fixées par l'article 1^{er}, §3, de l'A.R.P.G. :

« Nul ne peut être nommé agent, s'il ne remplit les conditions générales d'admissibilité suivantes :

1° être d'une conduite répondant aux exigences de la fonction ;

2° jouir des droits civils et politiques ;

3° satisfaire aux lois sur la milice ;

4° justifier de la possession de l'aptitude médicale exigée pour la fonction à exercer ».

À ces conditions générales, peuvent s'ajouter des conditions spécifiques, comme l'autorise l'article 9 de l'A.R.P.G. Ainsi, ce dernier érige en son alinéa 2 la condition de diplôme selon laquelle nul ne peut être recruté, s'il n'est pas porteur du diplôme ou certificat d'études en rapport avec le niveau de l'emploi conféré²⁸, hormis le cas de pénurie dûment constaté ou de compétences acquises équivalentes.

Quant à la condition d'une « conduite répondant aux exigences de la fonction », le Conseil d'État a récemment rappelé que cette formulation impliquait un examen *in concreto* de chaque candidature par l'autorité. En l'espèce, la requérante était institutrice désignée à titre temporaire et avait introduit une demande de nomination à titre définitif. Cette demande fut rejetée au motif que la requérante, souffrant apparemment de cleptomanie, avait commis un vol de 500 € et que la nomination à titre définitif impliquait d'être de « conduite irréprochable ». Le Conseil d'État a précisé à cet égard que :

« l'autorité ne peut en principe pas se satisfaire de la seule constatation de l'existence d'une ou plusieurs condamnations pénales à charge du candidat, mais elle doit en outre vérifier s'il existe un rapport entre l'infraction constatée par la juridiction répressive et la fonction que le candidat entend exercer et si, compte tenu de la publicité plus ou moins large qui leur aura été donnée, les faits pénalement sanctionnés sont, ou non, de nature à nuire à la réputation de l'intéressé et, indirectement, à celle du service public où il souhaite occuper un emploi ; pour ce faire, une audition ou, à tout le moins, une interpellation du candidat s'impose ; que lorsque

27 Ces conditions doivent être soigneusement distinguées d'éventuelles incompatibilités qui pourraient être fixées. V. à cet égard *infra*.

28 À noter récemment C.E., *Brouillard*, n° 131.418, 13 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 262 (sommaire) : l'interdiction générale faite à un agent porteur d'un diplôme supérieur (en l'occurrence une licence universitaire au lieu d'un diplôme du supérieur de type court, non en lien avec la fonction à exercer) de participer à une épreuve de recrutement et postuler une fonction publique, conduit à une restriction disproportionnée des droits consacrés par les articles 10, 11 et 23 de la Constitution, spécialement en période de crise de l'emploi, les services publics devant rendre à la population les services de qualité qu'elle est en droit d'attendre par des agents qualifiés. V. aussi T.P.J., aff. T-172/98, T-60/92, *Noonan*, 28 mars 1996, *Rec.*, II, pp. 217-234.

l'autorité constate l'absence de condamnations pénales à charge du candidat, mais qu'elle a une connaissance certaine de l'existence de faits reprochables, il lui appartient de les apprécier et d'en tirer les conséquences ; [...] »²⁹.

Cette condition peut poser problème en pratique, en raison du fait notamment que les modalités de délivrance d'un extrait de casier judiciaire n'ont toujours pas été fixées par le Roi. En effet, les arrêtés d'exécution tels que prévus aux articles 9 et 10 de la loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central n'ont toujours pas été adoptés, de telle sorte qu'il ne peut être question, tant que des nouveaux arrêtés d'exécution n'auront pas été adoptés, d'écarter une candidature pour défaut de transmission d'un certificat de bonne vie et mœurs ou d'extrait judiciaire³⁰. L'écartement fondé sur une infraction commise relatée dans un certificat transmis ne pose, en revanche, pas problème.

7 – Trois conditions d'accès à l'emploi régulièrement requises par les statuts méritent quelques développements : la nationalité, l'âge et l'obligation de résidence.

Il y a tout d'abord la condition de **nationalité** prescrite par l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qu'il convient toutefois d'interpréter de manière conciliante avec l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et le principe de la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne : la condition de nationalité ne peut être exigée que pour les fonctions qui comportent une participation à l'exercice de la puissance publique³¹.

L'actualité commande de signaler les décrets et ordonnance wallons³², bruxellois³³ et de la Fédération Wallonie-Bruxelles³⁴ ouvrant la fonction publique concernée (organismes d'intérêt public compris) aux ressortissants étrangers, qu'ils soient issus ou non de pays de l'Union européenne, afin de mieux refléter la société, de montrer l'exemple aux autres employeurs et de lutter plus activement contre les discriminations³⁵. Les textes légaux excluent toutefois de leur champ d'application les emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et les fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités.

²⁹ C.E., *Branel*, n° 192.417, 20 avril 2009. En l'espèce, des faits de vol en rapport direct avec la fonction exercée et convoitée étaient reconnus et la partie adverse a pu conclure que ces faits étaient de nature à nuire à la réputation tant de la requérante que de celle du pouvoir organisateur.

³⁰ C.E., *Demoulin*, n° 195.484, 3 août 2009.

³¹ Rem. l'article 16, 1° de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 : « être Belge lorsque les fonctions à exercer comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, ou, dans les autres cas, être Belge ou citoyen d'un autre État faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ». Cette formulation est tirée de la jurisprudence européenne et correspond à la définition des « emplois dans l'administration publique » exceptés du champ d'application de la libre circulation par l'article 45 du Traité selon les attributions et activités réellement exercées par le titulaire de l'emploi, spécifiques de l'administration publique (par exemple les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie, de même que les emplois publics concourant à un pouvoir juridique public de l'État ou d'une autre personne morale de droit public lié à l'élaboration d'actes juridiques, la mise à exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants).

³² Décret du Parlement wallon du 15 mars 2012 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Région wallonne (M.B., 23 mars 2012).

³³ Ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2002 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique régionale (M.B., 23 juillet 2002). *Adde* décret de la Cocof du 19 mars 2004 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la Fonction publique au sein des services de la Commission communautaire française (M.B., 18 mai 2004) ; ordonnance du 1^{er} avril 2004 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois dans les services du Collège réuni de la Commission communautaire commune et dans les centres publics d'aide sociale et les associations locales qu'ils créent ainsi que leur association faîtière (M.B., 23 avril 2004).

³⁴ Décret du Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 19 avril 2012 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Communauté française (M.B., 26 juin 2012).

³⁵ Selon les travaux préparatoires, la règle est l'accessibilité à tous les emplois. Toute exception doit être explicitement annoncée et motivée, lors de la déclaration de vacance du poste, par l'autorité habilitée à déclarer l'emploi vacant. Elle doit être clairement mentionnée dans la description de fonction établie pour le poste (*Doc. parl.*, P.C.F., s. 2011-2012, n° 319/1, p. 6).

Il s'agit de décrets ou ordonnance, et non d'arrêtés du gouvernement, pour satisfaire à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution au terme duquel seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'on peut se demander si, s'agissant de tous les étrangers, il s'agit réellement de cas particuliers³⁶.

Des conditions d'âge, ensuite, sont parfois prévues par les statuts pour accéder à l'emploi public. Celles-ci sont cependant en théorie proscrites, dans la mesure où elles portent discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution.

Toutefois, la loi du 10 mai 2007³⁷ tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, prévoit en son article 8 qu'une distinction fondée sur l'âge est autorisée, mais uniquement si elle justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Par ailleurs, en vertu de l'article 17, §1, C du Statut des agents de l'État, l'administrateur délégué du Bureau de sélection de l'Administration fédérale peut, pour une sélection comparative déterminée, imposer la condition d'un âge minimum lorsque la nature de l'emploi à conférer l'exige.

Enfin, une obligation de résidence est parfois prescrite par certains statuts, comme condition d'accès à l'emploi, par exemple pour des postes de concierge ou de pompiers, pour ne prendre que ces deux exemples. L'article 145, al. 3 de la Nouvelle Loi Communale prévoit au demeurant que : « Le Conseil peut exiger, lors de toute nomination définitive des membres du personnel communal que les intéressés aient et conservent leur domicile et leur résidence effective sur le territoire communal. Le Conseil communal motive sa décision ».

Or, cette obligation de résidence peut entrer en conflit avec l'article 2 du 4^{ème} Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, lequel garantit à « quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État [...] le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence », ainsi qu'avec l'article 12 de la Constitution.

C'est ce qu'illustre l'arrêt *Buts* n° 121.320 du 4 juillet 2003³⁸ : un pompier de la ville de Louvain s'était vu infliger par le collège des bourgmestre et échevins (ainsi nommé à l'époque des faits) la perte de la qualité de membre du personnel statutaire du corps des pompiers de la ville, en raison de son déménagement. Cette sanction s'expliquait au vu du règlement organique du corps des pompiers qui imposait aux membres du personnel une obligation de résidence dans un périmètre de 15 kilomètres. Le Conseil d'État suivit l'argumentation du requérant, qui estimait qu'un tel règlement violait l'article 12 de la Constitution de même que l'article 2 du 4^{ème} Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

Relativement à cette obligation de résidence, le Conseil d'État se livre donc à une analyse *in concreto* dans chaque cas d'espèce et vérifie si l'obligation de résidence peut être maintenue, les seules restrictions admises ayant souvent un lien particulier avec la sécurité ou la santé publique.

³⁶ *Contra* S.L.C.E., avis 50.170/2/IV du 30 août 2011, *doc. parl.*, P.C.F., s. 2011-2012, n° 319/1, p. 17, n° 6 qui relève au passage que les pré-constituants de 2003, 2007 et 2010 avaient ouvert à révision l'article 10, alinéa 2, de la Constitution pour conformer celui-ci aux engagements internationaux du Royaume de Belgique. Même une discrimination purement formelle, c'est-à-dire non appliquée dans les faits, suffit en effet à établir un manquement en droit européen.

³⁷ M.B., 30 mai 2007.

³⁸ Notons que le cas d'espèce vise un agent en fonction, et ne concerne donc pas, à proprement parler, l'accès à l'emploi. Il n'y a toutefois aucune raison pour que le raisonnement ne s'applique pas dans ce cadre.

8 – Avant de procéder à la sélection comparative des candidats, plusieurs formalités préalables sont nécessaires qui sont autant d'occasions de fixer des conditions d'accès : la déclaration de vacances³⁹, l'appel aux candidatures et l'éventuel établissement d'un profil de fonction.

Le cas échéant⁴⁰ :

- Il est interdit à l'autorité de recourir à un **critère nouveau** en cours de procédure en cas d'établissement préalable de conditions d'accès⁴¹.
- Ces conditions d'accès doivent être **suffisamment précises**, afin de permettre une objectivité minimale dans le cadre du pouvoir d'appréciation de l'autorité. Le Conseil d'État a ainsi estimé que des conditions « *tellement larges et indéterminées qu'elles permettent à l'autorité de choisir pratiquement n'importe quel candidat* » sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la nomination⁴² ; elles doivent être en rapport avec les exigences de la fonction à pourvoir.
- La procédure ne sera pas nécessairement illégale en cas de **méconnaissance du principe de l'établissement préalable des conditions d'accès**. Il appartiendra au requérant « *de démontrer, non seulement qu'il y a eu une fixation tardive des conditions d'accès, mais également que les critères ainsi fixés sur le tard ont pu influencer sur la comparaison des titres et mérites des candidats* »⁴³.
- Le candidat qui a **omis de remettre les pièces justificatives** ou d'indiquer des données précises requises dans l'appel à candidature ne pourra se plaindre de son éviction de la procédure de sélection⁴⁴.
- Faire état, dans l'acte de candidature, d'un **diplôme dont on n'est pas titulaire** pour satisfaire aux conditions d'accès peut justifier un retrait sans considération de délais de la nomination de l'agent et des désignations et promotions ultérieures dont il aura fait l'objet. Tel est le cas lorsqu'« (...) il est établi que le requérant, lorsqu'il a posé sa candidature, a fait état d'un diplôme de l'enseignement supérieur en Sciences Sociales qu'il ne possédait pas ; Que c'est sur la foi de cette déclaration que la partie adverse a décidé d'engager le requérant comme attaché à partir du 1^{er} septembre 1992, de lui accorder l'échelle barémique 1.1.63, reconnue aux gradués de l'enseignement supérieur, de lui octroyer une indemnité pour diplômé et ensuite de le nommer à titre définitif ; Que la nomination de l'intéressé repose sur une tromperie et que cette tromperie se répercute sur les désignations ou promotions dont leur requérant a ultérieurement fait l'objet et dont l'engagement initial est le support nécessaire ; [...] »⁴⁵.

³⁹ V. *supra* point A.

⁴⁰ J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁴¹ C.E., *Gazan*, n° 200.073, 26 janvier 2010. En l'espèce, « la motivation des candidats à exercer un emploi de promotion » d'un rang déterminé. V. également à titre indicatif C.E., *Delattre*, n° 145.901, 14 juin 2005.

⁴² C.E., *Buelen*, n° 194.668 et 194.669, 25 juin 2009.

⁴³ J. SOHIER, *op. cit.*, p. 84. V. C.E., *Szostak*, n° 179.872, 19 février 2008 : « s'il est exact que les critères de comparaison des titres et mérites des candidats ont été déterminés après que les candidatures ont été déposées, il ne peut être ipso facto déduit que l'autorité a ainsi voulu privilégier un des deux candidats en fixant des critères sans rapport avec les exigences de la fonction à pourvoir, et de nature à favoriser un des candidats en particulier ».

⁴⁴ C.E., *Roland*, n° 198.414, 1^{er} décembre 2009.

⁴⁵ C.E., *Cariat*, n° 180.328, 3 mars 2008 : « Sans qu'il faille qualifier les faits sur le plan pénal – ce qui échapperait à la compétence du Conseil d'État », précise le Conseil d'État.

D. — Les épreuves de recrutement : concours, examens, sélection comparative

9 – La procédure de recrutement a récemment subi de profondes modifications. En effet, l'article 9, §3, de l'A.R.P.G. impose dorénavant aux statuts de prévoir des systèmes de recrutement objectifs qui, quant à leurs formes et à leurs contenus, offrent « *les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, d'interdiction de l'arbitraire, d'indépendance et d'impartialité* ».

Depuis lors, le recrutement par concours n'est donc plus obligatoire. Celui-ci présente « *l'inconvénient* » de lier l'autorité investie du pouvoir de nomination par l'ordre du classement opéré. On parle dorénavant de « *sélection comparative des candidats* ».

10 – En son article 20, le statut des agents de l'État distingue deux systèmes de sélection comparative : celle organisée à l'initiative du Selor et celle demandée par le ministre ou son délégué. L'une comme l'autre aboutissent à l'élaboration d'un classement des candidats : le classement général. Pour autant que la nature de la fonction à conférer l'exige, une épreuve comparative complémentaire est possible, sur la base d'une description de fonction et d'un profil de compétence. La participation à l'épreuve comparative complémentaire est facultative et donne lieu à un classement distinct des lauréats. Les lauréats ne présentant pas l'épreuve complémentaire ou ceux échouant à celle-ci maintiennent leur position dans le classement général. Dans tous les cas de figure, « *la nomination intervient moyennant le respect du classement opéré [...] de telle sorte qu'à l'heure actuelle, les procédures de recrutement telles qu'elles sont organisées par le Statut Camu ne se distinguent guère du concours* »⁴⁶.

L'exigence posée par l'article 9, §3 de l'A.R.P.G. n'empêche toutefois pas l'organisation d'épreuves éliminatoires et de confier cette tâche à un organisme tiers, public ou privé. En revanche, la sélection comparative, elle, doit être assurée par le Selor, lequel établira donc un classement au terme de cette sélection.

E. — La comparaison effective des titres et mérites

11 – La procédure de sélection implique la comparaison effective des titres et mérites des candidats. Pour le Conseil d'État, cela signifie « *les rapprocher les uns des autres afin de mettre en évidence leurs similitudes et leurs différences, et d'ainsi justifier la préférence accordée ; que le dossier administratif doit démontrer l'effectivité de la comparaison* »⁴⁷. Il y va d'une exigence fondamentale requise par les principes d'égalité et de non-discrimination en matière de fonction publique, à laquelle s'ajoute le devoir d'impartialité dans le cadre de la sélection comparative et des épreuves de recrutement.

La comparaison des titres et mérites de tous les candidats en lice doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles. En cas de contestation, le Conseil d'État est ainsi compétent pour vérifier si :

- chacune des candidatures a été examinée et si le classement des candidats peut se déduire de cet examen⁴⁸ ;
- tous les éléments relatifs à la comparaison des titres et mérites, à la carrière et à l'aptitude des candidats à occuper l'emploi ont été examinés ;

⁴⁶ B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁷ C.E., *Delesclafe*, n° 201.412, 1^{er} mars 2010 ; C.E., *Quitellier*, n° 201.456, 2 mars 2010 ; C.E., *Baudhuin*, n° 201.960, 17 mars 2010.

⁴⁸ C.E., *Brauwiers*, n° 85.430, 21 février 2000 ; C.E., *Asselman*, n° 172.964, 29 juin 2007.

- des motifs admissibles justifient qu'un ou plusieurs agents soient écartés de la comparaison des titres et mérites^{49, 50}.

12 - Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser quelques règles procédurales quant au déroulement des épreuves de sélection, tendant, entre autres, à assurer l'égalité entre les candidats :

- L'autorité dispose du pouvoir discrétionnaire de **déterminer les critères** sur lesquels elle entend se fonder lors de la comparaison des titres et mérites, pour autant qu'ils soient les mêmes pour tous les candidats et qu'ils soient pertinents au regard du poste à pourvoir. Le Conseil d'État ne peut juger ce choix irrégulier que s'il est manifestement déraisonnable⁵¹ ;
- Le principe d'égalité implique l'obligation d'assurer **l'unité d'appréciation** entre les candidats [...] ce qui « suppose en principe que ce soit le même jury qui au cours d'une même session interroge les mêmes candidats »⁵². La seule exception admise par le Conseil d'État tient aux spécificités de l'épreuve et/ou au grand nombre de candidats en lice qui rendrait très compliqué sinon impossible la réunion d'un seul jury : « L'obligation d'assurer l'unité d'appréciation suppose en principe que ce soit le même jury qui, au cours d'une même session, interroge les candidats. Toutefois, comme il a été jugé dans l'arrêt 106.492 du 8 mai 2002, une certaine souplesse dans la composition du jury peut s'avérer nécessaire lorsque les candidats sont très nombreux et que les auditions se déroulent pendant une longue période »⁵³. Il faut cependant veiller à ce qu'il y ait bien une unité d'appréciation dans l'examen des capacités et dans la sélection comparative assurée par le jury, ce qui sera le cas lorsque « tous les membres du jury ont suivi une formation commune et se sont référés à une grille de compétences, ce qui est de nature à concourir à l'unité d'appréciation »⁵⁴.
- Le jury procédant à la sélection comparative doit, comme tout organe de sélection, respecter le **principe d'impartialité**. Ce souci est conforme « tant à l'intérêt des candidats qu'à celui de l'administration »⁵⁵. Pour J. SOHIER, « ce principe doit être apprécié avec une certaine souplesse, en particulier s'il s'agit d'un organe collégial de sélection »⁵⁶. En effet, pour mettre en cause la partialité d'un organe collégial, le requérant doit d'une part avancer des éléments objectifs probants de nature à faire planer un doute sur la partialité d'un ou plusieurs membres du jury et d'autre part, démontrer que cette partialité a pu influencer l'ensemble de l'organe collégial⁵⁷. Ainsi, le fait qu'un des examinateurs aurait déclaré à un des candidats « qu'il n'avait pas à se tracasser » n'établit pas la partialité à l'encontre de la décision qui constate l'échec d'un autre candidat⁵⁸.

49 J. SAROT, *op. cit.*, pp. 285-286 et l'abondante jurisprudence citée.

50 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 103.

51 C.E., *Soetmans*, n° 144.619, 19 mai 2005.

52 C.E., *Kalogiras*, n° 157.283, 3 avril 2006.

53 C.E., *Hubert*, n° 201.961, 17 mars 2010.

54 *Ibidem*.

55 J. SAROT, *op. cit.*, p. 170.

56 J. SOHIER, *op. cit.*, p. 86.

57 P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant 2006, v° impartialité, p. 134.

58 C.E., *Morimont*, n° 41.456, 21 décembre 1992. Plus récemment, le Conseil d'État a eu l'occasion d'affirmer dans l'arrêt C.E., *Brasseur*, n° 202.605, 30 mars 2010 que : « le principe d'impartialité applicable en matière disciplinaire, ne peut être envisagé avec la même rigueur s'agissant d'une commission de sélection, dont la composition doit être la même pour l'examen de toutes les candidatures ; que les impressions subjectives d'un candidat, quant au manque d'impartialité de certains membres d'une telle commission, ne peuvent prévaloir sur les exigences du bon fonctionnement de l'administration active ».

- Si la mission de sélection comparative a été **confiée à un tiers**, cela ne dispense pas l'autorité d'apprécier elle-même les titres et mérites des candidats⁵⁹. Il a ainsi été jugé que « le fait d'avoir soumis les candidats à une épreuve de type *assessment* auprès d'une entreprise privée, ne permet nullement de faire abstraction des autres pièces du dossier ; que cette épreuve d'*assessment* n'a qu'une portée d'avis et se limite à la réalisation de tests psycho-techniques axés sur l'analyse des compétences managériales des candidats »⁶⁰.
- L'autorité administrative doit **respecter les dispositions légales et réglementaires déterminant la procédure de recrutement**. Ainsi, dans l'arrêt *Dumont* n° 219.034 du 24 avril 2012⁶¹, le Conseil d'État a annulé une décision de la Région wallonne d'engager plusieurs experts contractuels au motif que la commission de sélection chargée d'intervenir dans la procédure de recrutement avait violé la réglementation applicable⁶². En effet, cette dernière prévoyait que la commission devait, à l'issue des tests et épreuves de sélections, classer les candidats dans deux catégories : « convient pour la fonction » ou « ne convient pas pour la fonction ». C'est sur cette base que le Gouvernement était alors appelé à exercer son pouvoir d'appréciation et donc, à comparer les titres et mérites des seuls candidats classés dans le groupe « convient pour la fonction ».

Or, la commission fit un peu de zèle en créant une troisième catégorie « convient particulièrement pour la fonction ». Ce faisant, « la commission de sélection a vicié la procédure dès lors que les candidats qui, comme la requérante, ont été classés dans la catégorie "convient pour la fonction" n'ont pas été pris en compte dans le cadre de l'examen comparatif des titres et mérites préalable aux nominations attaquées ».

- La procédure de recrutement dépend de la **légalité des normes réglementaires sur lesquelles elle est basée**. Ainsi, dans l'arrêt *El Ouahhabi* n° 212.093 du 17 mars 2011, le Conseil d'État n'a pas hésité à annuler une procédure de recrutement et la constitution de la réserve de recrutement y afférente, au motif que celles-ci étaient fondées sur un arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale illégal, en raison du fait qu'il avait été adopté par un auteur incompétent⁶³ :

« Que l'arrêté ministériel de délégation au secrétaire d'État régional ne peut porter atteinte à l'article 41, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 dont l'article 34, alinéa 2, établit une composition du Gouvernement selon un certain équilibre ; qu'en effet, la présentation et la signature d'un arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale par un secrétaire d'État, outre les membres du Gouvernement, portent atteinte à cet équilibre ;

Que, dès lors que la proposition et la signature de textes réglementaires sont des attributions étrangères aux compétences des secrétaires d'État⁶⁴, il ne peut être admis que ceux-ci les exercent, même si c'est conjointement avec le ministre compétent pour ce faire ; qu'en proposant l'arrêté du Gouvernement du 23 mars 1995, précité⁶⁵, qu'il a en outre signé, le secrétaire d'État régional s'est présenté à tort comme étant l'un de ses auteurs ; que cet arrêté doit dès lors être considéré comme illégalement adopté ».

59 J. SOHIER, *op. cit.*, p. 87.

60 C.E., *Stampaert*, n° 189.517, 16 janvier 2009.

61 V. également C.E., *Denis*, n° 219.035, 24 avril 2012.

62 Même si cet arrêt concerne des travailleurs contractuels, le raisonnement peut s'appliquer *mutatis mutandis* aux fonctionnaires statutaires.

63 C.E., *Van poppel*, n° 65.049, 10 mars 1997 ; C.E., *Verdeyen*, n° 65.050, 10 mars 1997.

64 Pour ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. Les secrétaires d'État ne font pas partie du Gouvernement pour préserver l'équilibre linguistique.

65 À savoir l'arrêté du 23 mars 2005 fixant le statut administratif et pécuniaire de l'Agence régionale pour la propreté.

13 - La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs commande que les actes administratifs individuels fassent l'objet d'une telle motivation, celle-ci consistant, pour rappel, en l'indication dans l'acte des considérations de droit et de fait servant de fondements à la décision. La nomination dans la fonction publique n'échappe évidemment pas à la règle. Elle en est même un des terrains d'application des plus fertiles.

La principale difficulté en la matière provient de ce que la loi du 29 juillet 1991 pose l'exigence d'une motivation « adéquate » sans préciser davantage ce qu'il convient d'entendre par là. Il revient en conséquence aux juges de préciser l'étendue de la motivation exigée en matière de nomination dans la fonction publique. Une évolution significative de la jurisprudence du Conseil d'État doit, à cet égard, être signalée.

Dans un premier temps, l'on peut considérer qu'une motivation « positive » suffisait : rencontraient les exigences légales l'acte administratif portant nomination (ou promotion) indiquant les motifs pour lesquels le choix de l'administration s'était porté sur tel ou tel candidat, sans devoir préciser les raisons pour lesquelles les autres candidats étaient écartés.

Un glissement s'est progressivement opéré vers une motivation que l'on pourrait qualifier de « négative », sans qu'elle mérite à proprement parler ce qualificatif : l'acte doit mentionner pour quelles raisons tel ou tel candidat a été préféré aux autres candidats, ces derniers devant comprendre, à travers la motivation de l'acte, les raisons de leur échec ou, en d'autres termes, les motifs pour lesquels la balance n'a pas penché en leur faveur. Cette tendance est consacrée par l'arrêt *Deloge* du 13 octobre 2000⁶⁶ :

« Considérant qu'il s'agit de ce qui précède que la motivation formelle d'un acte de nomination ne présente pas d'intérêt pour son bénéficiaire mais bien pour ses rivaux malheureux ; que l'exposé des qualités du candidat choisi est nécessaire mais pas suffisant ; que l'auteur de l'acte doit également révéler les raisons qui l'ont amené à préférer un candidat plutôt que l'autre, faute de quoi, la motivation n'est pas adéquate au sens de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1991 ; que la rigueur de cette exigence doit être appréciée au cas par cas, en fonction notamment des circonstances de la cause et du nombre de candidats en présence ; Considérant en l'espèce, que l'arrêté attaqué expose les qualités que son auteur reconnaît à l'intervenante mais ne donne pas les motifs pour lesquels celui-ci, confronté à un choix entre deux excellents candidats, a marqué sa préférence pour celle-ci plutôt que pour le requérant ; qu'en tant qu'il est pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991, le moyen est fondé ».

Comme le précise P. BOUCQUEY, « il ne faut toutefois pas déduire de l'arrêt *Deloge* que, désormais, l'autorité administrative sera sanctionnée dans tous les cas si elle omet d'exprimer, dans l'acte, les raisons de l'exclusion de chaque candidat qui n'a pas été retenu »⁶⁷. D'une part, telle n'est pas la véritable portée de l'arrêt, lequel n'exige pas une motivation à proprement parler négative, c'est-à-dire exposant les points faibles des candidatures qui n'ont pas été choisies, même si le fait de souligner la force d'une candidature revient souvent à constater la faiblesse des autres. Tel est précisément l'objet de la comparaison des titres et mérites. D'autre part, l'exigence de motivation doit être appréciée au cas par cas, en fonction des circonstances de la cause et notamment du

⁶⁶ C.E., *Deloge*, n° 90.216, 13 octobre 2000. V. également C.E., *Vandevolde*, n° 132.278, 10 juin 2004 : « Considérant que, même s'il est admis que la mention "examen des mérites" implique que le Conseil communal a comparé les titres et mérites des différents candidats, la teneur de cette comparaison n'apparaît nulle part ; que la motivation, telle qu'elle est rédigée, ne permet pas d'établir pour quels motifs, c'est-à-dire en raison de quels éléments fondés sur la comparaison des titres et mérites, le choix s'est porté sur Mme [...] ; qu'en effet, pour aucun des points énumérés, il n'est procédé à une comparaison avec les autres candidats et qu'aucune autre pièce du dossier administratif ne contient une telle comparaison [...] ; qu'en d'autres termes, la motivation figurant dans la délibération attaquée permet certes de discerner pourquoi la personne nommée a été jugée apte à devenir chef de service, mais non pour quelles raisons elle a été jugée plus apte que le requérant, ni pourquoi les mérites du requérant n'ont pas été évoqués ».

⁶⁷ P. BOUCQUEY, in P. JADOUX et S. VAN DROOGHENBROECK, *La motivation formelle des actes administratifs*, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 120.

nombre de candidats. Il semble logique d'admettre « qu'un nombre important de candidats rende malaisé la motivation du choix de l'autorité s'il faut, à chaque fois, préciser pourquoi tel candidat dépasse en termes de titres et mérites, chacun des autres »⁶⁸, sachant néanmoins qu'« il appartient alors à l'autorité compétente de retenir, pour les motifs qu'elle indique, les candidats qu'elle estime les plus aptes, d'ensuite procéder à la comparaison des titres et mérites requis et, enfin, d'exprimer dans l'acte, fût-ce de manière implicite, mais certaine, le résultat de la comparaison, et les motifs propres déduits de cette comparaison, qui font que l'un a été préféré aux autres »⁶⁹.

Bref, la motivation doit être « comparative ». Quoï de plus naturel, en somme, dès lors qu'elle porte sur une comparaison de titres et mérites...

Il convient de réserver un sort particulier aux nominations dites « au grand choix » de l'autorité, c'est-à-dire dans le cadre d'emplois à caractère « plus » politique. Dans ce cas, le Conseil d'État se contente d'une motivation formelle « plus souple ». Il limite l'intensité de son contrôle. L'arrêt *Vandendoren* du 10 juin 2002 relatif à la nomination du Gouverneur de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale est assez emblématique à ce sujet :

« Considérant que l'article 4, al. 2 de la loi provinciale porte que : "Les gouverneurs sont nommés et révoqués par le Roi" ; que cette disposition législative n'impose le respect d'aucune forme, ni d'aucune formalité particulière ; qu'elle permet au Roi de nommer à la fonction de gouverneur la personne de son choix, sans avoir à procéder à un appel préalable aux candidats ; que, si la nomination du gouverneur doit faire l'objet d'une motivation formelle, à l'instar de tout acte unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés, cette motivation ne doit pas, pour être adéquate, s'agissant d'une nomination au grand choix, faire ressortir qu'une comparaison a été opérée entre les mérites de la personne nommée et de quelque autre personne, l'une d'elles se fût-elle portée candidate "proprio motu" à la fonction considérée ; qu'il faut, mais qu'il suffit, que les motifs énoncés de choisir la personne nommée soient exacts et qu'ils aient été régulièrement appréciés ; [...] »⁷⁰.

Autrement dit, la nomination d'un Gouverneur doit être motivée en la forme et la motivation doit faire ressortir les raisons qui ont amené l'autorité compétente à choisir le candidat retenu. En revanche, aucune comparaison n'est requise entre plusieurs candidats ni même entre des personnalités qui présenteraient les mêmes qualités ou qui auraient été pressenties pour occuper la même fonction. Pire même, la nomination « au grand choix » s'entend « d'une nomination à l'occasion de laquelle l'autorité administrative n'est pas limitée par des critères de sélection préétablis »⁷¹. Le seul critère qui compte est celui de la confiance que doit recevoir du gouvernement « l'heureux nommé ». Or, la confiance se démontre difficilement. Elle découle de la nomination. Mais il ne faudrait pas que la motivation de l'acte établisse un sentiment opposé.

Les nominations, et subséquemment les révocations, au sein des cabinets ministériels relèvent du même ordre d'idées. Admettant que « le caractère discrétionnaire du pouvoir du ministre de se séparer de ses collaborateurs personnels ne peut faire obstacle au contrôle de légalité confié au juge de l'excès de pouvoir », le Conseil d'État considère néanmoins que « la rupture du lien de confiance n'est pas nécessairement fondée sur des faits précis et, par conséquent, peut être impossible à objectiver, ce qui réduira forcément la motivation formelle de l'acte mettant un terme aux fonctions d'un collaborateur personnel du ministre à une formule stéréotypée ; [...] »⁷².

⁶⁸ P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁹ C.E., *Balra*, n° 125.559, 21 novembre 2003. V. aussi C.E., *Folcque*, n° 121.986, 1^{er} août 2003.

⁷⁰ C.E., *Vandendoren*, n° 107.551, 10 juin 2002 (nous soulignons).

⁷¹ P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 113.

⁷² C.E., *Toune*, n° 86.190, 23 mars 2000.

Quant aux commissaires du gouvernement auprès des institutions de sécurité sociale, le Conseil d'État a considéré récemment qu'ils exercent incontestablement une fonction publique, étant nommés par le Roi, l'un sur présentation du ministre de tutelle, l'autre sur présentation du Ministre ayant le Budget dans ses attributions, choisis parmi les fonctionnaires appartenant au département ou ministère placé sous l'autorité des ministres concernés et assurant, au nom des ministres concernés, le contrôle sur ces institutions, disposant pour ce faire des pouvoirs les plus étendus. Le commissaire dont la nomination était attaquée avait été nommé hors procédure, sans publicité et appel à candidatures ni épreuves et critères de sélection ni comparaison des candidats. Du côté de la partie adverse, l'on soutenait que la fonction de commissaire du gouvernement se différencie des emplois « classiques » de fonction publique en raison du caractère hautement politique du statut concerné requérant un rapport de confiance particulier et donc un choix hautement discrétionnaire, le contrôle de l'organisme d'intérêt public étant par exemple exercé à l'intervention du commissaire du gouvernement nommé sur présentation du ministre exerçant le contrôle et la réglementation ne requérant aucune autre condition que la présentation ministérielle.

S'agissant d'emplois publics, selon le Conseil d'État, « le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics implique qu'outre la publicité des vacances d'emploi ainsi que des épreuves et critères de sélection, un système de recrutement objectif des candidats à l'attribution d'une fonction publique, offrant les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, soit déterminé par l'autorité ; [...] ce principe tout à fait général dans la fonction publique belge et essentiel est formellement traduit dans l'arrêté royal du 22 décembre 2000, précité, et plus spécialement en son article 3 ; qu'en l'espèce, l'emploi contesté n'a fait l'objet d'aucun avis de vacance et la décision attaquée ne fait mention d'aucun critère sur lesquels se serait fondée la partie adverse pour préférer la personne nommée plutôt que le requérant ; que le moyen est fondé »⁷³.

Une autre question à aborder est celle des « avis », « propositions » ou « présentations » préalables à une nomination. Ces actes préparatoires sont en pratique très courants dans la fonction publique et, en conséquence, il convient de s'interroger sur la motivation requise à l'égard de ceux-ci. Dans quelle mesure, en particulier, l'autorité compétente peut-elle faire référence à un avis préalable ?

Une motivation par référence, c'est-à-dire celle qui fait sienne la motivation contenue dans d'autres documents que la décision elle-même, est admise par le Conseil d'État à la triple condition que :

- ces documents contiennent eux-mêmes une motivation suffisante ;
- qu'ils soient connus du destinataire au plus tard au moment de la connaissance de la décision elle-même⁷⁴ ;
- qu'il apparaisse sans conteste que l'autorité compétente a fait sienne la position adoptée dans le document de référence au moment d'exercer son pouvoir d'appréciation : un simple visa ne suffit pas ; l'autorité doit justifier son choix lorsqu'elle tranche en présence d'avis contradictoires et le sens d'un avis ne peut pas être détourné, dénaturé ou partiellement utilisé pour justifier une décision sans explication.

Par ailleurs, la référence à un avis ne dispense que l'adéquante motivation de celui-ci. Ainsi, dans une affaire un peu particulière, le Conservatoire de Mons a souhaité engager des conférenciers pour le cours de violon plutôt que d'étendre la charge d'un professeur

de violon en place ou même de désigner celui-ci en qualité de conférencier. Le Conseil d'État a estimé que cette décision devait être dûment motivée, à tout le moins l'avis que le Gouvernement a fait sien, en l'occurrence l'avis du Conseil de gestion pédagogique ou la proposition du directeur de l'École supérieure des Arts faite sur la base de cet avis.

Or, pour rencontrer les exigences de la motivation formelle, « il aurait fallu indiquer les raisons pour lesquelles il avait été décidé de désigner des conférenciers plutôt que d'étendre la charge horaire d'un professeur déjà en place et que fussent donnés non seulement les motifs pour lesquels l'on souhaitait recourir à la désignation de conférenciers, mais également les raisons pour lesquelles l'on ne souhaitait pas désigner le requérant ».

En l'espèce, il ne suffisait pas de constater formellement qu'une telle désignation est nécessaire. En outre, « [c]onditionner la désignation de conférenciers à l'apport de nouveaux étudiants ne peut pas être considéré comme un motif pertinent, car il est étranger à toute considération d'ordre pédagogique ».

Enfin, le procès-verbal ne contenait aucun passage permettant de connaître les raisons pour lesquelles le conseil de gestion pédagogique ne souhaitait pas étendre la charge horaire du requérant⁷⁵.

Bref, il faut éviter les formules de style, être complet et choisir les bons arguments.

La question se pose également de savoir dans quelle mesure l'autorité administrative peut s'écarter de l'avis préalable (qu'il soit demandé à l'initiative de celle-ci ou imposé par la réglementation). Hormis le cas particulier de l'avis conforme, l'autorité compétente pour la nomination conserve son pouvoir discrétionnaire « et peut décider de nommer ou de promouvoir une autre personne que celle présentée par l'avis préalable, après avoir examiné elle-même les titres et mérites »⁷⁶. Cette liberté n'est toutefois pas sans borne, comme le précise le Conseil d'État : « Lorsque l'autorité investie du pouvoir de nomination décide de s'écarter de la proposition émise par le conseil de direction, il lui appartient de motiver son choix, c'est-à-dire, compte tenu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, que la décision doit contenir des motifs suffisamment précis et adéquats pour s'écarter des arguments du conseil de direction et pour justifier la nomination »⁷⁷.

Enfin, les nominations font partie des actes souvent prescrits à « scrutin secret », lorsqu'elles sont soumises à un vote⁷⁸. Le scrutin secret ne dispense nullement de l'obligation de motiver une décision de nomination. Seule doit être tue la part individuelle de chaque membre dans la décision, « ce qui a animé les membres ut singuli »⁷⁹, en particulier le sens dans lequel chacun a voté et la paternité des considérations émises.

F. — Le stage et ses caractéristiques

14 - La nomination définitive d'un agent est souvent soumise à la réussite d'un stage. « Le stage est à la fois une période d'initiation dirigée à l'action administrative, qui comprend une part importante de formation, et une période probatoire au cours de laquelle le stagiaire doit apporter la preuve de sa capacité d'occuper l'emploi »⁸⁰.

⁷³ C.E., Mathieu, n° 222.384, 5 février 2013.

⁷⁴ Ces documents, propositions, rapports ou avis, sont la plupart du temps annexés à la décision pour faire corps avec elle, voire reproduits par extraits ou sous forme de résumé dans l'acte lui-même. Ils peuvent toutefois avoir été communiqués précédemment, en cours de procédure d'élaboration.

⁷⁵ C.E., Braginsky, n° 216.063 et n° 216.063, 27 octobre 2011.

⁷⁶ P. Boucovey, op. cit., p. 124.

⁷⁷ C.E., Bertholet, n° 63.648, 18 décembre 1996 ; C.E., Laurant, n° 84.580, 7 janvier 2000 ; C.E., Lannoy, n° 86.857, 4 avril 2000.

⁷⁸ V. M. Nihoul, « Scrutin secret et questions de personnes : liaison dangereuse ? », *Mouv. com.*, 2007, pp. 501 à 508 et « La face cachée du scrutin secret en droit communal : son champ d'application », *Rev. dr. comm.*, 2007, pp. 21 à 43.

⁷⁹ C.E., Pas, n° 51.711, 21 février 1995 ; M. Nihoul, op. cit., p. 42.

⁸⁰ B. Lombaert, I. Mathy, V. Rigodanzo, op. cit., p. 91 (nous soulignons). V. aussi J. Sarot, « Réflexions à propos du statut des agents de l'État », *Rev. Adm.*, 1969, p. 176.

Soulignons que les stagiaires n'ont pas la qualité d'agent, seules certaines règles du statut leur étant applicables. C'est ce que mentionne l'article 9, §4, de l'A.R.P.G. : « *Les stagiaires ne sont pas des agents au sens du présent arrêté* » et ce que rappelle le Conseil d'État dans son arrêt *Baré* n° 140.822 du 17 février 2005 : l'agent en stage « *n'est pas contractuel mais un agent soumis à certaines dispositions du statut* ». Toutefois, la désignation d'un stagiaire à un emploi met fin à la vacance de celui-ci, ce qui implique notamment qu'il soit mis fin à l'exercice des fonctions supérieures⁸¹.

Une précision essentielle doit être mentionnée : la simple échéance du terme du stage n'entraîne pas la nomination automatique du stagiaire. Celui-ci conserve cette qualité aussi longtemps que l'autorité compétente ne s'est pas prononcée expressément sur le stage en question, soit en le nommant à titre définitif, soit en le licenciant⁸².

15 – Comme le mentionne encore l'article 9, §4, de l'A.R.P.G. : « *lorsqu'un stage est prévu, le statut en fixe les modalités, la durée, le programme à suivre ainsi que les critères d'évaluation* »⁸³. Le statut doit donc décrire de manière détaillée le déroulement du stage et ses modalités.

En dépit de la multiplicité des statuts, quelques traits récurrents peuvent être soulignés :

- Le stagiaire est mis sous la direction d'un responsable ou d'un « *maître* » de stage. Ce dernier est amené à jouer un rôle prépondérant dans l'évaluation du stagiaire et donc, *in fine*, dans la nomination de celui-ci, cette dernière ne pouvant intervenir que si l'évaluation finale est favorable.

Il importe à cet égard de respecter scrupuleusement la législation applicable. Le Conseil d'État a eu l'occasion de la rappeler dans son arrêt *Gesels* n° 291.011 du 24 avril 2012 : après un stage que l'on peut qualifier de chaotique, le Ministre compétent décide de licencier le requérant pour inaptitude professionnelle. Cette décision est annulée au motif que l'évaluation a été réalisée en violation des lois coordonnées sur l'emploi de langues en matière administrative : le stagiaire appartenait au rôle linguistique français alors que son évaluateur relevait, lui, du rôle linguistique néerlandais sans être titulaire du brevet de bilinguisme. Or, « *les dispositions des lois coordonnées sur l'emploi des langues [...] imposent que les supérieurs hiérarchiques qui contribuent activement à l'appréciation professionnelle de leurs agents soient du même rôle linguistique qu'eux, spécialement lorsqu'ils portent sur eux des appréciations défavorables* ».

- Le stage a une *durée* différente selon le niveau : elle est par exemple d'un an pour le niveau A. Il peut être prolongé en cas d'interruption ou si le stage n'est pas entièrement probant.
- Des *exigences complémentaires* « *probatoires* » sont parfois édictées : obtention d'un certificat ou brevet⁸⁴, rédaction d'un mémoire ou un rapport de stage.
- Très fréquemment, des *rapports* intermédiaires et finaux de stages sont prévus à des périodes définies, à savoir tous les mois ou tous les trois mois selon le niveau. Ceux-ci sont rédigés par le directeur de la formation. Il convient d'être très vigilant quant au respect des dispositions statutaires relatives à l'élaboration des rapports. En effet, « *seuls les rapports assurent périodiquement et de manière incontestable l'information du stagiaire quant aux attentes et intentions de l'autorité à son égard, et lui offrent la possibilité de faire valoir ses éventuelles observations et d'adapter sa conduite en*

conséquence, de telle sorte qu'à l'issue du stage toutes les chances lui aient été données de satisfaire aux besoins du service et d'être définitivement nommé »⁸⁵.

Ainsi, à la suite d'un licenciement pour inaptitude professionnelle contesté par la requérante, le Conseil d'État a estimé que la réglementation applicable imposait :

« *clairement qu'un rapport de stage soit rédigé chaque mois et qu'il soit communiqué au stagiaire ;*

Que cette formalité – dans son double aspect de rédaction et de communication – est une formalité substantielle prévue dans l'intérêt du stagiaire, afin de l'informer de ses éventuels manquements de manière à lui permettre, le cas échéant, d'améliorer sa manière de servir avant qu'il ne soit statué sur sa nomination à titre définitif ou son licenciement ;

Qu'il n'est pas contesté qu'en l'espèce les rapports n'ont pas été établis mensuellement mais trimestriellement, voire pour le rapport final, après 5 mois et qu'il ressort du dossier que le modèle de rapport, qui prévoit l'indication du mois précis pour lequel il est rédigé, a été modifié de manière à porter sur 3 ou 5 mois ;

Que la formalité dont il s'agit était méconnue non seulement parce que les rapports de stage concernant la requérante n'ont pas été communiqués chaque mois, mais aussi parce qu'ils n'ont pas été rédigés selon cette périodicité et n'ont donc pas rempli la fonction qu'est la leur ;

Que la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que la récurrence des remarques formulées quant au manque de rigueur et de ponctualité de la requérante empêche de penser que le fait que les rapports n'ont pas été transmis mensuellement aurait été de nature à surprendre la requérante et à l'empêcher d'adapter son comportement ;

Que, d'une part, une supposition quant au comportement qu'aurait ou n'aurait pas adopté la stagiaire concernée ne constitue pas un motif admissible de se dispenser de l'accomplissement d'une formalité substantielle ;

*Que, d'autre part, dès lors que l'avant-dernier rapport de stage portait la mention "favorable" et indiquait une amélioration sensible du comportement de la requérante par rapport aux remarques qui lui avaient été faites précédemment, elle a légitimement pu croire, en ne recevant plus de rapport pendant les 5 mois qui ont suivi, que sa manière de servir donnait satisfaction »*⁸⁶.

L'évaluation se doit bien évidemment d'être véritable, concrète, objective et sérieuse. L'accumulation de rapports favorables non réellement justifiés, par exemple, rend plus difficile un revirement d'évaluation ultérieur.

16 – À l'issue du stage, l'autorité dispose d'un triple choix : la *nomination définitive* si le stage est probant, la *prolongation du stage* dans la mesure où celui n'a pas été pleinement satisfaisant ou enfin, le *licenciement pour inaptitude professionnelle*⁸⁷ moyennant un délai de préavis ou une indemnité compensatoire.

Bien souvent, en pratique, la mise en œuvre de cette dernière possibilité sera précédée de la seconde : ce n'est que si la prolongation de stage n'est pas probante que l'autorité compétente se résoudra à licencier le stagiaire⁸⁸.

La décision de licencier un stagiaire s'analyse comme une mesure grave portant atteinte aux droits de l'agent, mais qui est dépourvue de caractère punitif. L'autorité est donc tenue d'entendre cet agent, lequel doit pouvoir faire valoir ses arguments quant à la me-

⁸⁵ B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 91.

⁸⁶ C.E., *Nolis*, n° 146.863, 28 juin 2005.

⁸⁷ V. l'article 9, §4, de l'A.R.P.G., lequel prévoit que « *lorsqu'un stage est prévu, le statut en fixe les modalités, la durée, le programme à suivre ainsi que les critères d'évaluation. Lorsque l'autorité, au cours ou au terme du stage, décide de licencier l'intéressé, celui-ci reçoit, sauf en cas de faute grave, un délai de préavis de 3 mois. Les stagiaires ne sont pas des agents au sens du présent arrêté* » (nous soulignons).

⁸⁸ C.E., *Sulejmani*, n° 217.283, 17 janvier 2012 ; C.E., *Maskens*, n° 217.646, 1^{er} février 2012. D'autres mesures que la prolongation de stage sont envisageables, comme par exemple un changement de service opéré à titre de deuxième chance : C.E., *Chauveheid*, n° 211.817, 4 mars 2011.

⁸¹ C.E., *Duchateau*, n° 20.383, 5 juin 1980.

⁸² C.E., *Castelain*, n° 83.511, 17 novembre 1999 ; C.E., *Bricourt*, n° 189.699, 21 janvier 2009.

⁸³ Nous soulignons.

⁸⁴ Comme par exemple un brevet de sapeur-pompier : C.E., *Heyse*, n° 220.890, 5 octobre 2012.

sure que l'autorité envisage de prendre à son encontre. C'est ce que rappelle le Conseil d'État dans son arrêt *Banaszak* du 4 juillet 2011⁸⁹ :

« Considérant que si le principe général des droits de la défense ne s'applique pas au licenciement d'une personne à l'issue de son stage, la règle est cependant que, lorsque l'administration se propose de prendre une mesure grave à l'égard d'un agent en raison d'une appréciation négative de son comportement, celui-ci en soit informé et puisse faire valoir utilement ses observations, en vertu du principe audi alteram partem ;

Que ce principe n'impose pas que l'agent puisse faire valoir ses observations à chaque stade de la procédure pour autant qu'il ait pu se défendre avant que l'autorité administrative adopte la décision qui le concerne, par exemple, à l'occasion d'un recours administratif organisé devant une chambre de recours ».

Il s'agit là d'une obligation positive mise à charge de l'autorité administrative, laquelle doit mettre en œuvre spontanément la procédure d'audition et non se limiter à permettre à l'agent d'être entendu, s'il le souhaite⁹⁰. Par ailleurs, certains statuts instituent des chambres de recours destinées à entendre les arguments de l'agent et faire rapport, le cas échéant avec un avis, à l'autorité compétente.

Le principe implique que l'agent soit informé de tous les reproches qui lui sont adressés ainsi que des pièces qui les étayent⁹¹. L'audition porte « à la fois sur l'appréciation – par hypothèse négative – des prestations de l'agent et sur la mesure de licenciement envisagée »⁹². Ainsi, l'exécution insatisfaisante des tâches doit être constatée et elle constitue un motif justifiant qu'il soit mis fin au stage⁹³. Des faits pouvant être considérés comme excusables dans le chef d'un agent débutant ne peuvent toutefois soustraire une décision de licenciement pour inaptitude professionnelle⁹⁴.

À de très rares exceptions près⁹⁵, le Conseil d'État n'admet pas que le licenciement soit constitutif d'un préjudice grave difficilement réparable qui justifierait la suspension de la décision de licenciement : le risque d'être licencié est, selon lui, inhérent à toute période d'essai⁹⁶.

G. — La nomination

17 – La réussite du stage a pour conséquence logique la nomination de l'agent. Notons, comme déjà évoqué, que la simple fin du stage ne donne aucun droit à une nomination automatique. Pour que la nomination soit effective, il est nécessaire qu'un acte individuel soit adopté par l'autorité compétente pour nommer cet agent.

Différentes dispositions des statuts applicables définissent les anciennetés administratives et/ou barémiques à prendre en compte. Toutefois, la plupart du temps, la période de stage est incluse dans l'ancienneté administrative et pécuniaire.

18 – L'agent qui souhaiterait contester une procédure de nomination (ou de promotion) veillera à agir en temps opportun eu égard au délai strict imparti au requérant pour introduire un recours en annulation auprès du Conseil d'État, et d'éviter ainsi ce qui s'apparente à un piège procédural.

⁸⁹ C.E., *Banaszak*, n° 214.399, 4 juillet 2011.

⁹⁰ C.E., *Timmermans*, n° 217.754, 17 février 2012.

⁹¹ C.E., *Bero*, n° 122.788, 15 septembre 2003 ; C.E., *Hens*, n° 152.042, 30 novembre 2005.

⁹² B. LOMBAERT, J. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 93.

⁹³ C.E., *Beaudot*, n° 81.095, 18 juin 1999.

⁹⁴ C.E., *Lammé*, n° 179.592, 14 février 2008.

⁹⁵ C.E., *Ballieu*, n° 171.778, 4 juin 2007.

⁹⁶ C.E., *Marique*, n° 87.303, 16 mai 2000 ; C.E., *Daillet*, n° 204.190, 21 mai 2010 ; C.E., *Vandermotten*, n° 215.818, 18 octobre 2011.

Il s'agit avant tout d'identifier si le requérant potentiel est en présence d'un acte interlocutoire ou d'un « simple » acte préparatoire. Le premier doit être attaqué dans le délai imparti de 60 jours, à la différence du second. Du moins, telle est la jurisprudence de la VIII^{ème} chambre francophone du Conseil d'État.

Ainsi, dans l'arrêt *Jacquier* n° 211.708 du 2 mars 2011, le requérant, candidat à une fonction managériale avait été classé 1^{er} du groupe B (apte) par la Commission de sélection. Un seul candidat avait été classé dans le groupe A (très apte) et serait donc convié prioritairement à un entretien complémentaire. L'agent peut-il entreprendre, devant le Conseil d'État, la décision d'avoir été classé dans le groupe B ? Il lui a été répondu que :

« même si l'acte attaqué a été notifié au requérant en spécifiant qu'il est susceptible de recours devant le Conseil d'État, la question se pose de savoir si l'acte attaqué n'est pas un simple acte préparatoire ;

[...] que la procédure s'arrête, pour les candidats classés dans les groupes C et D, à la décision de la commission de sélection les classant dans un de ces groupes ; que, pour ces candidats, la décision de la commission de sélection constitue un acte de clôture de procédure qui est susceptible de recours ; qu'il n'en va cependant pas de même pour la décision de la commission de sélection classant des candidats dans le groupe B ; que cette décision ne peut pas être considérée comme un acte clôturant la procédure dès lors que ce classement dans le groupe B ne lie pas l'autorité chargée d'effectuer la désignation définitive ; qu'il lui incombe uniquement de procéder à un entretien complémentaire avec le ou les candidats du groupe A ; que la circonstance, comme en l'espèce, qu'un candidat soit classé dans le groupe A "très apte", n'implique pas ipso facto que la candidature du requérant, classé premier du groupe B, soit automatiquement exclue ; que rien ne permet d'affirmer que le candidat classé dans le groupe A sera effectivement désigné, l'autorité compétente pouvant estimer que ce candidat ne répond pas aux attentes de la fonction et choisir d'entendre le ou les candidats du groupe B "apte" ;

qu'il résulte de ce qui précède que l'acte attaqué, qui classe le requérant dans le groupe B "apte", n'exclut pas automatiquement ce dernier de la suite de la procédure aboutissant à la désignation au poste d'administrateur général de la fiscalité ; qu'il ressort des explications fournies à l'audience que le poste convoité n'a pas encore fait l'objet d'une désignation ; qu'en outre, même si le candidat classé dans le groupe A "très apte", exerce actuellement les fonctions d'administrateur général de la fiscalité, à titre provisoire, cette désignation est antérieure à la procédure de sélection ici mise en cause et est donc sans incidence sur le présent recours ; qu'en conséquence, l'acte attaqué doit être considéré comme préparatoire de sorte que le présent recours est irrecevable » (nous soulignons).

À l'inverse, dans l'arrêt *Pinon* n° 190.606 du 17 février 2009, le requérant, candidat à une fonction managériale, avait été classé par le Selor dans le groupe C (moins apte) à l'issue d'une épreuve de sélection. Ceci implique, au regard des normes réglementaires existantes⁹⁷ que l'autorité investie du pouvoir de nomination ne peut nommer un tel candidat, du fait de son classement. Pareille décision met donc fin à la procédure pour la requérante et constitue par là-même un acte interlocutoire et non un simple acte préparatoire. Cet acte lui causant grief, la VIII^{ème} chambre estime qu'il doit l'attaquer dans le délai requis de 60 jours, sous peine que celui-ci ne devienne définitif et que son illégalité ne puisse plus être invoquée ultérieurement.

Cet arrêt ne constitue pas une jurisprudence isolée, la VIII^{ème} chambre francophone ayant à plusieurs reprises⁹⁸ adopté la même position en matière d'actes interlocutoires pour ce qui concerne les procédures de sélection au sein de la fonction publique.

⁹⁷ A.R. du 29 septembre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, *M.B.*, 31 octobre 2001.

⁹⁸ C.E., *Frisque*, n° 181.494, 26 mars 2008 ; C.E., *Scokaert*, n° 190.605, 17 février 2009.

Cette jurisprudence est problématique dans la mesure où l'Assemblée générale du Conseil d'État statue dans un sens différent en matière de marchés publics en vertu de l'opération administrative complexe⁹⁹ :

« Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci ; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief ; [...]

Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter un cahier spécial des charges n'empêchent pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation ; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'État elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges ».

En matière de marchés publics, le requérant bénéficie donc, selon les termes de cet arrêt de principe, d'un double choix procédural : soit attaquer immédiatement les décisions préalables lui causant grief, soit invoquer ultérieurement leur illégalité à l'appui d'un recours dirigé contre les décisions ultérieures prises dans le cadre la décision en passation¹⁰⁰. Pour la VIII^{ème} chambre néanmoins, cette jurisprudence de l'assemblée générale est spécifique à cette matière et ne peut être transposée au contentieux de la fonction publique :

« qu'en effet, si le contentieux des marchés publics ne porte que sur des intérêts patrimoniaux, le contentieux de la fonction publique porte sur des situations individuelles ayant des répercussions sur le fonctionnement du service public, ce qui implique qu'en cette matière, les exigences de la sécurité juridique et de la stabilité des situations individuelles s'imposent avec une rigueur sans faille »¹⁰¹.

La doctrine¹⁰² a fortement critiqué cette jurisprudence de la VIII^{ème} chambre au double motif que, d'une part, la jurisprudence de l'assemblée générale doit s'appliquer uniformément à toutes les matières que traite le Conseil d'État et que, d'autre part, les procédures d'attribution des marchés publics ont, elles aussi, des conséquences sur le bon fonctionnement des services publics¹⁰³.

Dans un arrêt *Godard* n° 216.001 du 26 octobre 2011¹⁰⁴, la VIII^{ème} chambre semble prévoir une exception à la règle, tout en voulant préserver la cohérence de sa jurisprudence :

« Considérant qu'en vertu de l'article 70, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 précité, une proposition unanime du conseil de direction lie l'autorité investie du pouvoir de nomination, de sorte qu'il fait grief au requérant ; que toutefois, contrairement à ce qui a été constaté dans l'arrêt Pinon, n° 190.606, du 17 février 2009, cette proposition a pour finalité la préparation des décisions de promotion ; qu'elle ne concerne pas une procédure de sélection des candidats par une autorité tierce, mais émane de la même personne juridique que celle qui est compétente pour nommer ; que, dès lors, il s'agit d'un acte

interlocutoire s'inscrivant dans le cadre d'une opération complexe ; que l'illégalité d'un tel acte peut être soit alléguée directement à l'appui d'un recours en annulation, soit invoquée à l'appui du recours dirigé contre la décision à la préparation de laquelle il concourt ; que le requérant est donc, en principe, recevable à invoquer l'illégalité de la proposition du conseil de direction ».

Même si l'on comprend la logique sous-jacente à cette décision, le critère de distinction paraît superficiel et abstrait. En effet, dans les deux hypothèses, l'agent est en face d'un acte interlocutoire qui lui cause grief : pourquoi dès lors estimer dans un cas qu'il a perdu son intérêt à agir au motif qu'il s'agit d'une sélection réalisée par une autorité tierce, et dans l'autre cas lui permettre d'invoquer l'illégalité de l'acte quand bien même le délai pour l'entreprendre est écoulé, au motif qu'il émane de la même personne juridique ?

En définitive, il est recommandé au candidat évincé en cours de procédure d'attaquer dans les délais prescrits, d'une part, tout acte l'excluant définitivement de la procédure (puisqu'il s'agit en l'occurrence d'un acte interlocutoire lui causant définitivement grief) et, d'autre part, tout acte de nomination définitive, à défaut de quoi le candidat risque de perdre l'intérêt requis¹⁰⁵.

II. LA PROGRESSION DE L'AGENT STATUTAIRE

A. — Comment peut évoluer la carrière de l'agent ?

1. Les promotions administratives et pécuniaires

19 – La promotion administrative consiste, pour l'agent, en l'attribution d'un nouveau grade au sein de la hiérarchie, auquel est attaché un nouveau traitement. Il s'agit donc d'une nomination, laquelle suppose une vacance d'emploi¹⁰⁶.

La promotion consistera soit en l'attribution d'un grade supérieur dans le même niveau (promotion par avancement de grade), soit en l'accession à un grade du niveau supérieur (promotion par accession au niveau supérieur)¹⁰⁷.

Pour compléter ce qui a déjà été écrit à propos de la nomination, en ce qui concerne la promotion :

- Un **appel à candidature** avec un délai raisonnable entre la publication de l'appel et le délai ultime de dépôt des candidatures est nécessaire, afin de respecter le principe d'égalité.
- L'autorité menant une procédure de promotion a l'obligation de procéder à la **comparaison des titres et mérites**¹⁰⁸, le Conseil d'État n'opérant qu'un contrôle marginal sur les erreurs manifestes d'appréciation commises dans le cadre du pouvoir d'appréciation reconnu à l'autorité¹⁰⁹.
- Préalablement à toute comparaison, l'autorité doit examiner l'**ensemble des titres et mérites** des candidats et il ne peut être reproché à l'autorité chargée de la comparaison de prendre en compte la connaissance personnelle qu'ils auraient des candidats :

« [...] []orsque le comité de direction a comparé les titres et mérites au grade de conseiller général des candidats et a reconnu de nombreuses qualités au requérant ; qu'il l'a d'ailleurs classé deuxième dans sa proposition ; qu'il ne peut dès lors pas être soutenu que ses titres et mérites n'auraient pas été pris en compte ; qu'il ne faut pas perdre de vue que le poste convoité par le requérant exigeait plusieurs qualités et que le comité de direction a raisonnablement pu donner

99 C.E., S.A. Labonorm, n° 152.173, 2 décembre 2005 (nous soulignons).

100 L. DONNAY, « Le Conseil d'État et la connexité », J.T., 2006, p. 517.

101 C.E., *Scokaert*, n° 190.606, 17 février 2009 ; C.E., *Pinon*, n° 190.606, 17 février 2009.

102 B. LOMBAERT, « L'opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d'État : une utile mise au point par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 403-404.

103 Et l'auteur de citer un marché dont l'objet serait pour l'État de se procurer les machines informatiques nécessaires pour organiser les élections ou encore celui tendant à la construction de nouvelles prisons.

104 C.E., *Godard*, n° 216.001, 26 octobre 2011.

105 J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 87-88.

106 C.E., *Legrand*, n° 85.130, 7 février 2000.

107 B. LOMBAERT, L. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 113.

108 C.E., *Roofthoof*, n° 184.406, 20 juin 2008.

109 C.E., *Vandevelde*, n° 132.278, 10 juin 2004.

la préférence à celles attribuées au candidat nommé dès lors que les éléments du dossier ne permettent pas de constater, dans le chef du comité de direction ou de l'autorité investie du pouvoir de nomination, une erreur manifeste d'appréciation. S'agissant d'une promotion au grade de conseiller général, il est courant que les membres du comité de direction aient une connaissance personnelle des candidats. Il ne leur est pas interdit de faire état d'éléments que les candidats eux-mêmes n'ont pas mis en exergue dans leur acte de candidature. De tels éléments peuvent entrer en ligne de compte dans l'appréciation de ce candidat. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative »¹¹⁰.

Dans le même ordre d'idées, l'expérience d'un agent¹¹¹, son aptitude à diriger¹¹² ou encore, des titres et mérites particuliers¹¹³ (si des conditions particulières à l'emploi sont fixées) pourront être prises en considération.

- Si un organe d'avis interne à l'administration doit établir un classement, l'autorité compétente chargée de nommer ou promouvoir aura des difficultés à modifier ce classement :

« Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle revenant en propre à l'autorité investie du pouvoir de nommer. Toutefois, lorsque l'autorité qui nomme entend modifier le classement opéré par l'organe d'avis interne à l'administration, elle ne peut se contenter d'exposer les motifs qui, selon elle, sont de nature à revaloriser le seul classement de la candidate finalement nommée. Même si les motifs avancés pour revoir le classement de la candidate finalement nommée au regard de plusieurs critères sont exprimés de manière claire et conforme à la réclamation que celle-ci avait introduite contre le classement opéré par le Comité de Direction, la modification du classement pour les critères concernés implique nécessairement d'opérer un examen comparatif des motifs avancés par rapport aux titres et mérites des différents candidats et plus particulièrement, par rapport à ceux du requérant »¹¹⁴.

20 - À l'inverse de la promotion administrative, la promotion pécuniaire n'entraîne pas l'attribution d'un nouveau grade dans le chef de l'agent. Celle-ci lui permet « simplement » de bénéficier d'une échelle de traitement supérieure correspondant toujours à son grade.

2. Les carrières planes

21 - Il s'agit ici d'une progression de carrière automatique : par le simple écoulement du temps, les agents concernés bénéficient de promotions automatiques, sans qu'un emploi de grade supérieur ne doive être déclaré vacant et sans que les fonctionnaires ne doivent introduire de candidature. Ceci pour autant, bien sûr, que ces derniers obtiennent une évaluation favorable.

L'article 11, §1, alinéa 2, de l'A.R.P.G. stipule expressément que le statut peut prévoir une progression de carrière plane. Il s'agit donc bien d'une faculté dans le chef de l'autorité compétente, et celle-ci n'est pas tenue d'organiser un tel système de carrière¹¹⁵.

3. Le changement de grade

22 - Le changement de grade est « la nomination à un grade équivalent à celui dont l'agent est revêtu »¹¹⁶. Il s'agit donc d'une véritable nomination. Et ce changement suppose que l'emploi du grade postulé soit vacant. Ce mode d'évolution permet à des agents qui

se trouvent confinés dans une carrière cloisonnée d'emprunter une « passerelle », afin de rejoindre une carrière qui leur permet de poursuivre leur avancement.

4. L'exercice de fonctions supérieures

23 - L'exercice de fonctions supérieures consiste en le fait pour un agent d'occuper « toute fonction correspondant à l'emploi prévu au cadre d'un grade au moins équivalent à celui dont l'agent est revêtu, et auquel est attachée une échelle de traitement plus avantageuse »¹¹⁷.

Par nature, l'exercice d'une fonction supérieure est temporaire (l'agent désigné l'est en général pour une durée déterminée), et suppose qu'un poste soit vacant. Il justifie l'octroi d'une indemnité de fonction. La désignation à l'exercice d'une fonction supérieure devra théoriquement émaner de l'autorité disposant de la compétence de nomination.

Le choix devant se porter sur le candidat le plus apte, il a été considéré que « l'attribution de fonctions supérieures doit donner lieu à une comparaison des titres et mérites des candidats potentiels »¹¹⁸. À défaut d'appel à candidature, il convient de considérer que tous les agents qui remplissent les conditions de nomination sont candidats d'office aux dites fonctions supérieures¹¹⁹.

Même si l'octroi de fonctions supérieures est par nature précaire, il ne peut y être mis fin de manière arbitraire¹²⁰. L'autorité administrative peut mettre fin à tout moment à l'octroi de fonctions supérieures mais dès lors que la cessation de désignation peut, pour l'agent intéressé, avoir les caractéristiques d'une mesure grave, il semble prudent d'entendre ce dernier préalablement à toute décision¹²¹. Le retrait de l'exercice de fonctions supérieures est une mesure d'ordre causant grief en raison du dommage matériel ou moral qu'il cause¹²² et est susceptible, à ce titre, d'un recours devant le Conseil d'État.

En principe, l'exercice de fonctions supérieures ne confère aucun titre à la nomination définitive dans la fonction. Si toutefois l'agent venait à être « promu au grade correspondant et affecté à l'emploi qu'il a occupé, il obtient une prise de rang à la date à laquelle il a commencé les fonctions supérieures »¹²³.

5. La mobilité

24 - La mobilité consiste en « l'ensemble des procédés par lesquels un agent public circule dans l'appareil administratif, au cours de sa carrière, en manière telle qu'il ne conservera pas indéfiniment les mêmes fonctions mais qu'il sera au contraire susceptible de changer de service, d'administration ou de service public »¹²⁴.

La mobilité est dite interne ou externe, selon qu'elle a lieu, pour l'agent concerné, au sein du même service public ou, au contraire, l'amène à exercer ses fonctions au sein d'un service public autre que celui où il a été nommé à l'origine¹²⁵.

117 Art. 1^{er} de l'A.R. du 8 août 1983 relatif à l'exercice d'une fonction supérieure dans les administrations de l'État.

118 C.E., *Lepage*, n° 198.581, 4 décembre 2009.

119 C.E., *Barrendorf*, n° 166.004, 18 décembre 2006.

120 C.E., *Etienne*, n° 112.309, 6 novembre 2002 ; C.E., *Dubie*, n° 163.669, 17 octobre 2006.

121 C.E., *Ruelle*, n° 171.777, 4 juin 2007.

122 C.E., *Van Speybroeck*, n° 77.981, 4 janvier 1999 ; C.E., *Gobbe*, n° 80.789, 9 juin 1999.

123 J. SAROT, *op. cit.*, p. 297. V. aussi A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 113.

124 S. DEPRE, « La mobilité », *A.P.T.*, 2005, p. 281.

125 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 128.

110 C.E., *Dricot*, n° 184.964, 30 juin 2008.

111 C.E., *Blanpain*, n° 125.597, 21 novembre 2003.

112 C.E., *Delattre*, n° 189.960, 30 juin 2009.

113 C.E., *Degrève*, n° 111.226, 9 octobre 2002.

114 C.E., *Hanquat*, n° 193.083, 7 mai 2009.

115 Un tel système a été abrogé pour les agents de l'État de niveau A, ainsi que pour les fonctionnaires wallons. Il subsiste néanmoins pour les agents de la Communauté française. V. sur la question A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 113.

116 J. SAROT, *op. cit.*, p. 294.

25 – La **mobilité interne ou mutation** permet donc à l'agent de changer de service au sein de la même administration. Ceci implique :

- Qu'il y ait « *interpénétration* » au sein du service. Ce néologisme signifie que les emplois au même grade sont interchangeables, sauf si l'autorité compétente pour organiser l'administration a érigé des barrières au sein du cadre organique¹²⁶. Si tel était le cas, alors le changement d'affectation est impossible.

Notons qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État, l'« *interpénétration* » est la règle et la « *non-interpénétration* » l'exception, laquelle doit au demeurant être prévue expressément par l'autorité compétente¹²⁷.

- Que la mutation peut être volontaire ou forcée. Dans le premier cas, elle est souhaitée par l'agent. Dans le second, elle lui est imposée par l'autorité administrative. D'un point de vue procédural, la mutation est une mesure d'ordre intérieur et n'est donc pas un acte susceptible de recours devant le Conseil d'État, au motif qu'elle ne cause, en principe, aucun grief à l'agent muté dans la mesure où elle ne modifie pas sa situation juridique : son statut juridique et pécuniaire reste inchangé¹²⁸.

Il peut toutefois survenir qu'une telle mesure cause grief à l'agent, ce qui implique que le recours contre cet acte soit recevable. Le cas le plus emblématique est celui de la sanction disciplinaire déguisée en mutation dans l'intérêt du service¹²⁹. Est également considérée comme causant grief la mesure prise en raison du comportement du fonctionnaire et emportant dans son chef des conséquences graves, comme par exemple un changement radical des conditions de travail¹³⁰.

26 – La **mobilité externe** permet à l'agent de poursuivre sa vie professionnelle au sein d'un autre service public que celui dans lequel il a débuté sa carrière. Il y a ici une véritable exception au principe selon lequel l'agent a vocation à effectuer celle-ci, au sein de la même administration.

L'arrêté royal du 15 janvier 2007 contient plusieurs dispositions visant à favoriser la mobilité entre les différents services publics. On retiendra qu'il existe ainsi :

- La « *mobilité fédérale* »¹³¹, laquelle consiste en la nomination de l'agent statutaire fédéral dans un emploi vacant d'un autre service fédéral.

Notons que pour bénéficier d'une mobilité fédérale, l'agent doit se trouver dans une position administrative où il peut faire valoir ses titres à la promotion, tel qu'exigé par l'article 3 de l'arrêté royal du 15 janvier 2007. Tel n'est pas le cas du fonctionnaire nommé au sein d'un SPF et qui a obtenu un congé de longue durée, afin d'occuper un emploi contractuel vacant au sein d'un autre SPF¹³². En pareille circonstance, la position administrative de l'agent est celle de la non-activité (en vertu de l'article 106 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937). Or, un agent en non-activité ne peut faire valoir ses titres à la promotion et à l'avancement que dans les conditions fixées par le Roi (article 104 de l'arrêté précité), chose qui n'a, pour l'instant, pas été faite.

¹²⁶ B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 128.

¹²⁷ C.E., *Dehon*, n° 79.779, 8 avril 1999.

¹²⁸ B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 129.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 129. V. aussi J. SAROT, *op. cit.*, pp. 298-301.

¹³⁰ C.E., *Arlotti*, n° 150.248, 17 octobre 2005 ; C.E., *Tabar*, n° 153.705, 12 janvier 2006. Pour une affaire quelque peu cocasse, v. C.E., *Nouprez*, n° 210.091, 23 décembre 2010 ; n° 217.707, 2 février 2012 ; n° 220.756, 26 septembre 2012.

¹³¹ Art. 1^{er}, 4^e, de l'A.R. du 15 janvier 2007. Cette notion est à distinguer de la mobilité d'office (8^e), laquelle suppose une nomination d'office par l'autorité compétente et sans que l'agent ne se soit porté candidat.

¹³² C.E., *Vanlanthen*, n° 211.302, 16 février 2011.

- La « *mobilité interfédérale* »¹³³, laquelle consiste en la nomination de l'agent statutaire d'une entité fédérée, dans un emploi vacant d'un service fédéral.

Ces deux notions doivent être distinguées de la « *mobilité fédérale conventionnelle* »¹³⁴ et de la « *mise à disposition conventionnelle* »¹³⁵. Dans ces deux derniers cas, « *l'agent continue à occuper un emploi dans la cadre organique du service public d'origine* »¹³⁶.

Il est nécessaire de souligner que ces procédures de mobilité emportent des conséquences – parfois lourdes – en matière statutaire. Ainsi, l'agent faisant l'objet d'une « *mise à disposition conventionnelle* » perd ses titres à la promotion au grade supérieur ou à la classe supérieure, à la promotion par avancement barémique et à l'accession au niveau supérieur¹³⁷.

B. — Comment s'effectue l'évaluation de l'agent ?

1. Qu'est-ce que l'évaluation ?

27 – L'évaluation¹³⁸ de l'agent permet notamment d'apprécier le degré de réalisation des objectifs et les résultats atteints par celui-ci¹³⁹. La mention attribuée à l'agent, lors de l'évaluation, a également « *pour but de lui permettre d'améliorer sa manière de servir, entre autres afin d'éviter le risque d'un licenciement pour inaptitude professionnelle* »¹⁴⁰.

Deux exigences minimales sont imposées à l'administration par l'article 11, §2 de l'A.R.P.G. en matière d'évaluation : d'une part, le statut doit prévoir un système d'évaluation (il doit en fixer les règles et les procédures) et, d'autre part, il doit mettre en place une procédure de recours auprès d'une commission disposant au moins d'une compétence d'avis, pour autant qu'en vertu du statut, des effets juridiques découlent de l'attribution de la mention finale.

Il s'agit là d'exigences minimales : les autorités administratives disposent, pour le surplus, d'une réelle autonomie pour déterminer les règles en matière d'évaluation. En pratique, il conviendra donc, dans chaque cas d'espèce, de se référer aux textes législatifs et réglementaires pour connaître les règles et la procédure applicables en matière d'évaluation.

2. Quelques éléments procéduraux à avoir en tête

28 – L'évaluation doit se faire en rapport avec la **description de fonction** de l'agent puisqu'elle doit permettre à l'autorité de vérifier le degré de réalisation des objectifs et les résultats atteints par l'agent. Si des reproches sont formulés à l'encontre de l'agent, ils doivent être explicites et étayés sur cette base. Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler l'importance de la description de fonction, dans l'arrêt *Vierendeels* n° 192.000

¹³³ Art. 1^{er}, 7^e de l'A.R. du 15 janvier 2007.

¹³⁴ Qui consiste, en vertu de l'art. 1^{er}, 9^e de l'A.R. du 15 janvier 2007, en « *la nomination, par l'autorité compétente, d'un agent statutaire fédéral dans un emploi vacant d'un autre service fédéral, dans le cadre d'une convention entre les deux services fédéraux, après que cet agent en a fait la demande et y a été mis à disposition* ».

¹³⁵ Qui consiste, en vertu de l'art. 1^{er}, 11^e de l'A.R. du 15 janvier 2007, en « *le fait de faire prêter ses services par un agent statutaire fédéral qui le demande auprès d'un service bénéficiaire pour une période indéterminée sur la base d'une convention entre le service fédéral auquel appartient l'agent et ce service bénéficiaire* ».

¹³⁶ B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁷ V. notamment l'art. 30 de l'A.R. du 15 janvier 2007.

¹³⁸ Le système de l'évaluation prévu par l'A.R.P.G. a remplacé celui du signallement qui prévalait sous le statut CAMU.

¹³⁹ M. HERBIET et S. BRUNET, « L'évaluation du personnel des services publics fédéraux et fédérés », *A.P.T.*, 2005, pp. 244-255. V. aussi J. SAROT, *op. cit.*, pp. 266-270.

¹⁴⁰ C.E., *Poprawski*, n° 199.547, 15 janvier 2010.

du 30 mars 2009. Il s'agissait en l'occurrence d'un agent du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale qui s'était vu attribuer la mention d'évaluation « avec réserve », des suites notamment du retard dans la rédaction d'un rapport d'activité qui lui avait été demandée. Le Conseil d'État a fait droit à la demande du requérant qui contestait la mention attribuée, au motif que :

« les arguments développés par la partie adverse quant à l'incorporation implicite de la rédaction du rapport d'activités 2001 dans la description des fonctions du requérant ne peuvent être suivis ; que l'article 118 de l'arrêté du 6 mai 1999 prévoit que l'évaluation sera en rapport avec la description de fonctions de l'agent ; qu'il faut en déduire que la description de fonctions a pour but de déterminer clairement et objectivement les tâches qui seront évaluées ; que la description de fonctions doit dès lors être expresse et non implicite ; qu'en outre et même si une définition implicite de la description de fonctions devait être admise, cette circonstance ne peut pallier l'absence, dans le dossier d'évaluation, de rapport ou mentions établissant un manquement du requérant dans l'exercice des fonctions qui lui ont été assignées et plus particulièrement, des tâches résultant de la note du 22 février 2002 ; que la décision attaquée, en ce qu'elle confirme l'attribution de l'évaluation "réserve" en l'absence de document attestant les reproches formulés, est entachée d'erreur manifeste d'appréciation et n'est pas conforme au prescrit des articles 114 et suivants de l'arrêté du 6 mai 1999 ; que le premier moyen est fondé » (annulation)¹⁴¹.

29 – Sans nous étendre sur le sujet, la question de la compétence de l'évaluateur est elle aussi primordiale. Il va de soi que l'évaluation doit être menée par l'autorité désignée dans le statut ou dans tout autre acte réglementaire. À défaut, le résultat de la procédure d'évaluation peut être contesté avec succès.

Il est désormais acquis que la sanction disciplinaire de l'agent sous statut par un agent contractuel sous mandat (en l'occurrence un manager pour la gestion des ressources humaines) est légale. Il doit en aller de même en matière d'évaluation, dès lors que « l'on nierait tout effet utile à la possibilité d'un tel recrutement [de managers par voie contractuelle] si l'on devait refuser à ce directeur la compétence de prendre des mesures individuelles et contraignantes à l'égard du personnel dont la gestion lui est confiée »¹⁴².

30 – Un autre élément à prendre en considération, lorsqu'une évaluation doit être réalisée, est le délai pour ce faire. Si des délais de rigueur sont imposés par la réglementation, ils doivent naturellement être impérativement respectés. S'il ne s'agit que de simples délais d'ordre ou lorsqu'aucun délai n'est imposé, l'évaluation doit être réalisée dans un délai raisonnable.

Deux arrêts récents du Conseil d'État illustrent cet enseignement. Ainsi, à propos d'un signalement attribué sans respecter les délais d'ordre prévus par la réglementation, le Conseil d'État¹⁴³ a pu constater que « les alinéas 5 et 6 de l'article 63 de l'arrêté royal du 27 juillet 1979 prévoient que la chambre de recours donne son avis au Ministre dans un délai maximal de deux mois à partir de la date de la réclamation, et que le Ministre attribue le signalement dans le délai d'un mois à partir de la réception de l'avis ; que ces délais ont le caractère de délais d'ordre et non de délais de rigueur ; que, toutefois, ils constituent à tout le moins une indication sur les délais normaux de déroulement de la procédure ».

Dans un second cas¹⁴⁴, il s'agissait d'un infirmier statutaire affecté au service de l'économat du CHU de Liège dont la motivation au travail laissait, semble-t-il, quelque

141 V. par contre C.E., *Chauvaux*, n° 207.457, 20 septembre 2010 pour une mention « insuffisant » attribuée conformément au descriptif de fonction.

142 C.E., (Ass. Gén.), *Bequet*, n° 192.102, 31 mars 2009 (aménagé par nos soins). De même C.E., *Bequet*, n° 216.269, 14 novembre 2011 ; C.E., *Vitiello*, n° 193.988, 9 juin 2009 et n° 203.283, 26 avril 2010.

143 C.E., *Poprawski*, n° 199.547, 15 janvier 2010.

144 C.E., *Richard*, n° 219.028, 24 avril 2012.

peu à désirer. Après un premier signalement « insuffisamment » attribué en 2005 pour une période de 12 mois, il est prévu de lui attribuer un second signalement identique en septembre 2006. Il ne sera attribué au fonctionnaire qu'en décembre 2007, des suites de la lenteur de la procédure de recours. L'agent attaque cette décision, au motif que la procédure d'octroi de son signalement a été anormalement longue et a violé le principe du délai raisonnable. Le Conseil d'État lui donne raison, au motif que :

« même lorsque les dispositions réglementaires organisant la procédure d'évaluation des agents n'assignent aucun délai à l'autorité compétente pour décider du choix d'une mention, celle-ci est tenue d'agir dans un délai raisonnable ; qu'ayant notamment pour objet de permettre à ceux-ci d'améliorer leur manière de servir, il convient que le signalement soit attribué dans un laps de temps proche des faits qui la suscitent ; que le respect d'un délai raisonnable, qui est applicable aux procédures d'évaluation, s'impose d'autant plus au cas d'espèce puisqu'il s'agit d'un deuxième signalement défavorable pouvant conduire à un licenciement pour inaptitude professionnelle ; Considérant que l'article 157 du statut du personnel de la partie adverse impose à l'agent d'introduire son recours interne devant l'administrateur délégué dans un délai de rigueur ; que c'est à cet administrateur que revient la tâche de saisir la chambre de recours en lui communiquant le dossier de l'agent ; que ledit administrateur est tenu de saisir la chambre de recours dans des délais raisonnables ; que le dossier administratif, tel que produit par la partie adverse, ne permet pas de vérifier la date à laquelle l'administrateur délégué a saisi la chambre de recours ; qu'en outre, aucune circonstance particulière ne permet de justifier tant le délai mis par la chambre de recours pour fixer le dossier et entendre le requérant, que celui de pratiquement cinq mois pour rendre l'avis après ladite audition ; que le moyen est dès lors fondé ».

III. LE CAS PARTICULIER DES MANDATAIRES

A. — La notion de mandat

31 – Le mandat peut être défini comme « une désignation unilatérale en vue d'occuper une fonction spécifique durant une période déterminée »¹⁴⁵ renouvelable. Il résulte de la réforme « Copernic »¹⁴⁶ et vise l'exercice des fonctions de management au niveau fédéral (en réalité les emplois dirigeants des SPF)¹⁴⁷ ou fédéré, lesquelles doivent dorénavant être exercées par des mandataires temporaires et non plus par des fonctionnaires nommés à titre définitif. Un « statut temporaire » est conçu pour eux¹⁴⁸. Il y va d'une exception d'interprétation stricte aux règles statutaires usuelles et qui, prévue par la loi, ôte au principe statutaire le rang de principe général initialement conféré par l'A.R.P.G. dans les limites de la dérogation¹⁴⁹.

Un fonctionnaire nommé à titre définitif peut se porter candidat à une telle fonction. Durant l'exercice de celle-ci, il deviendra mandataire temporaire sans perdre le bénéfice de l'ancienneté.

Au niveau local aussi, le mandat est envisagé pour ce qui concerne le secrétaire communal, le secrétaire de C.P.A.S. et le receveur wallons qui seront peut-être appelés demain « directeurs généraux » ou « directeurs financiers », selon le cas, dans le cadre

145 B. LOMBAERT, I. MATHY, V. RIGODANZO, *op. cit.*, p. 95.

146 R. ANDERSEN et K. LEUS (dir.), *La réforme de la fonction publique*, Bruges, La Charte, 2002, 249 pp.

147 Pour une évaluation de la contractualisation de l'emploi des hauts fonctionnaires fédéraux au départ d'une enquête de terrain, v. C. DE VISSCHER, A. HONDEGHEM, K. VAN DORP, F. RANDOUR, C. MONTUELLE, *Les mandats dans la fonction publique fédérale ; une révolution depuis Copernic ? Mandaten in de federale overheid : (r)evoluties sedert Copernicus ?*, Gent, Academia Presse, 2012, 208 pp. avec des considérations portant notamment sur l'autonomie managériale, la féminisation des mandats, les relations avec le ministre compétent ou encore la responsabilisation devant le Parlement.

148 V. A. FERT, « La fonction publique de demain sera-t-elle de carrière ou d'emploi ? », *Rev. dr. ULB*, 2006, n° 34-36, pp. 251-254.

149 C.E., *Jadot*, n° 98.735, 7 septembre 2001 : « pour condamnable que soit ce procédé en raison de l'insécurité juridique qu'il engendre, il n'en est pas moins admissible en droit ». V. sur cette dernière question M. NIHOU, « Ceci n'est pas un principe général de la fonction publique », *C.D.P.K.*, 2009, pp. 797 à 802.

d'une nouvelle gestion par objectifs¹⁵⁰. La réforme trouve pour partie son inspiration dans le *Gemeentedecreet* du 6 juillet 2005 et l'ordonnance bruxelloise du 5 mars 2009 modifiant la Nouvelle loi communale qui n'a toutefois pas transformé, quant à elle, la dénomination de la fonction¹⁵¹.

Le mandataire est soit un agent statutaire porteur d'un des grades qui donne accès à la fonction de management, soit un candidat extérieur à l'administration (issu du secteur privé)¹⁵². Notez bien que le candidat choisi est désigné à une fonction de management et non nommé à celle-ci, puisque le mandat est par essence temporaire.

B. — Les procédures de sélection

32 – La désignation intervient au terme d'une procédure de sélection qui varie d'un texte à l'autre.

Dans tous les cas, des conditions de fonction et d'expérience de management ou « *utile* » sont requises pour pouvoir poser sa candidature. L'interprétation de l'expérience requise est parfois sujette à contestation.

Par exemple, suite au rejet d'une candidature par le Selor à défaut pour le requérant d'apporter la preuve d'une « *expérience professionnelle utile* », le Conseil d'État a estimé que :

« [...] l'exigence d'une expérience utile de cinq années pour les candidats à une fonction d'encadrement trouve son fondement dans l'arrêté royal du 2 octobre 2002 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions d'encadrement dans les services publics fédéraux [...] ; Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précité précise qu'il y a lieu d'entendre par "expérience professionnelle utile" l'expérience professionnelle liée à la description de fonction, au profil de compétences et aux responsabilités y afférentes et que le "profil de compétences" ne définit pas seulement les compétences spécifiques, mais également les "compétences génériques" de management et relationnelles. Dès lors que le règlement de sélection pour la fonction de directeur du Service d'encadrement Technologies de l'information et de la communication de la direction générale "Coordination et Affaires européennes" ne précise pas que l'expérience utile doit exclusivement être appréciée au regard des aspects purement "techniques" des technologies de l'information et de la communication, l'expérience utile doit être appréciée au regard de l'ensemble des compétences exigées et des missions à exercer. Il appartient, par conséquent, au Selor d'apprécier également l'expérience acquise sur le plan des compétences générales de management et relationnelles »¹⁵³.

En outre, l'exercice d'une fonction publique sous mandat peut être incompatible avec l'exercice d'un mandat politique en présence d'un texte légal qui contraint à réaliser un choix. Ainsi, l'article L1125-2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, tel qu'il a été complété par l'article 3 du décret du 6 octobre 2010, dispose que « [n]e peuvent être membres du collège communal : 4° les fonctionnaires généraux¹⁵⁴ soumis au régime du mandat au sein des services du Gouvernement fédéral, du Gouvernement d'une Région ou d'une Communauté, et des organismes d'intérêt public qui en dépendent ; 5° les titulaires d'une fonction au sein d'un organisme d'intérêt public et qui consiste à en assumer la direction générale »¹⁵⁵. Le texte interdit, en pratique, d'exer-

cer de façon simultanée les deux fonctions au nom de l'éthique en politique et du renforcement de l'efficacité et de l'efficience dans l'action publique. Le critère de l'interdiction est l'exercice d'un mandat dans la fonction publique, même si la notion « *d'emploi soumis au régime de mandat* » n'est pas uniforme dans toutes les administrations publiques concernées. Est visée toute institution comparable au mandat.

Enfin, aucune condition supplémentaire en matière de connaissances linguistiques, par rapport à celles imposées par les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, ne peut être imposée aux candidats à une fonction de management, sans modifier préalablement celles-ci, s'agissant d'une matière que la Constitution réserve au législateur¹⁵⁶.

33 – L'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management¹⁵⁷ dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation¹⁵⁸, plusieurs fois modifié depuis lors, concerne le président du comité de direction ou le président et les fonctions de management -1, -2 et -3. Il prévoit une sélection comparative par une « *commission de sélection* » destinée à évaluer les compétences et les aptitudes relationnelles, d'organisation et de gestion fixées dans la description de fonction et dans le profil de compétence afférents à la fonction de management à conférer.

La comparaison des titres et mérites se fonde sur des tests informatisés, d'une part, organisés par le Selor et par rôle linguistique, dont l'objet est de cerner les aptitudes de gestion et d'organisation des candidats, et leur personnalité, ainsi que sur une épreuve orale, d'autre part, au départ d'un cas pratique ayant trait à la fonction de management à pourvoir. Les candidats sont répartis en quatre groupes, A « *très apte* », B « *apte* », C « *moins apte* », D « *pas apte* » par inscription motivée. Les candidats sont classés dans les groupes A et B et le recrutement a lieu au terme d'un entretien complémentaire avec le ministre ou le responsable du service pour ce qui concerne d'abord les candidats du groupe A, ensuite ceux du groupe B une fois le premier groupe épuisé. La désignation porte sur une période de six ans. Les titulaires d'une fonction de management ne sont pas soumis à un stage, par dérogation aux articles 28 à 33 *quinquies* de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État.

34 – En Région wallonne et au sein de la Fédération Wallonie-Bruxelles, l'accès au mandat de fonctionnaire général (dirigeant) passe désormais par l'obtention d'un « *certificat de management public* », grâce à la réussite de l'examen organisé à l'issue de la formation prévue par l'accord de coopération entre la Communauté française et la Région wallonne créant une École d'Administration publique commune et consistant en un Certificat interuniversitaire d'Executive master en management public (accessible à un nombre limité de participants).

Le certificat donne accès au pool exclusif de candidats à l'exercice d'un mandat (dont les membres ne sont pas classés), également alimenté par les mandataires en fonction pour autant qu'ils aient fait l'objet d'une mention très favorable ou favorable, et qui pourront déposer leur candidature au lendemain des élections de 2014. Tel est l'objet

150 P. BOUVIER, M. DEVIÈRE, L. DONNAY, F. FLABAT, T. GODFROID, D. RENDERS, *L'indépendance du secrétaire communal : utopie ou réalité ?*, Bruges, Vanden Broele, 2012, 162 pp.

151 En Région flamande, le receveur s'appelle désormais « *financieel beheerder* ».

152 Uniquement pour les fonctions de président du comité de direction et de management -1. V. art. 5, §1 de l'A.R. du 29.09.2001.

153 C.E., *Loir*, n° 175.614, 10 octobre 2007.

154 À savoir les fonctionnaires qui exercent des responsabilités au niveau supérieur d'une administration confiées par mandat.

155 C.C., n° 27/2012, 1^{er} mars 2012 (rejet). Rem. B.14 : « Sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'il existe des nuances entre le système de mandats organisé par les autorités fédérales, communales et régionales, il convient de constater que le temps requis par l'exercice de pareils mandats est une réalité dont le législateur décréte à pu raisonnablement tenir compte pour établir les incompatibilités critiquées ».

156 C.E., *Jadot*, n° 98.735, 7 septembre 2001 s'agissant de la preuve d'une connaissance fonctionnelle de la deuxième langue nationale.

157 Les fonctions d'encadrement sont régies par l'arrêté royal du 2 octobre 2002 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions d'encadrement dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation.

158 V. les articles 4 à 10. L'arrêté remplace (après l'avoir retiré) l'arrêté royal du 2 mai 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux dont l'exécution avait été entre-temps suspendue (C.E., *Jadot*, n° 98.735, 7 septembre 2001). Rem. A. De BECKER, « Hoe de snelreinen een boemeltrein werd : de invloed van het arrest Jadot op de Copernicushervorming », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 40-51.

des Arrêtés du 20 septembre 2012 du Gouvernement wallon réformant le régime des mandats des fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement et de certains organismes d'intérêt public dépendant de la Région wallonne¹⁵⁹ et du Gouvernement de la Communauté française instaurant un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux des services du Gouvernement de la Communauté française et des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de secteur XVII¹⁶⁰, 161, adoptés en exécution de l'Accord de coopération conclu le 10 novembre 2011 entre la Communauté française et la Région wallonne créant une École d'Administration publique commune à la Communauté française et à la Région wallonne et de l'Accord de coopération conclu le 20 septembre 2012 entre le Gouvernement wallon et le Gouvernement de la Communauté française relatif au Certificat de management public pour l'accès aux emplois soumis au régime des mandats au sein de la Communauté française et de la Région wallonne.

Pour chaque emploi à pourvoir par mandat, le Gouvernement examinera les dossiers déposés par les candidats sur la base d'une déclaration de vacance et d'une lettre de mission préétablies et procédera sur cette base à la comparaison des candidatures en ayant égard aux titres et mérites et à la lettre de motivation de chaque candidat. Le gouvernement « *nomme à titre temporaire* » (sous un titre consacré à la « *désignation* », dans chaque emploi, le candidat qu'il estime « *le plus apte à exercer la fonction en toute confiance* »¹⁶². Il ne s'agit pas comme telle d'une désignation « *au grand choix* »¹⁶³, dès lors qu'une comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats est prévue¹⁶⁴, même si la confiance entre en ligne de compte et offre une plus grande liberté que d'ordinaire.

La durée du mandat équivaut plus ou moins à celle de la législature, avec le décalage nécessaire pour permettre au nouveau gouvernement de faire son choix.

Précédemment déjà, la Communauté française avait organisé une formation en vue de l'obtention d'un brevet de management public¹⁶⁵ sans adopter au préalable ni faire connaître aux candidats potentiels les dispositions générales et objectives requises pour satisfaire aux articles 10 et 11 de la Constitution et spécialement au principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics, s'agissant d'une formation conduisant à la délivrance d'un brevet qui sera une condition d'accès à certaines fonctions ou d'exercice de celles-ci. L'organisation de la formation avait fait l'objet d'une convention avec un consortium universitaire, sans que celle-ci ne puisse être assimilée à une disposition réglementaire opposable aux tiers. Il convenait de fixer par voie réglementaire les conditions d'accès à la formation conduisant à la délivrance du brevet de management public et les critères

de sélection en vue de la participation effective à cette formation, le programme de la formation, les conditions pour postuler à un mandat de fonctionnaire général (alors que la formation est réservée aux personnes répondant à ces conditions). À défaut de telles règles préalables, les refus de participation aux cycles de formation (et donc la sélection réalisée à l'entrée) furent annulés¹⁶⁶.

En Région de Bruxelles-Capitale, ce sont les articles 81 et suivants de l'Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale qui organisent le mandat.

35 - Plusieurs problèmes peuvent survenir durant la phase de sélection des *top managers*¹⁶⁷ :

- Ainsi, depuis l'arrêt *Dewaide*, n° 126.511 du 17 décembre 2003¹⁶⁸, il est connu que l'intervention de commissions de sélection différentes selon l'appartenance linguistique des candidats, c'est-à-dire par rôle linguistique, pose difficulté. Celle-ci était organisée par l'article 8 de l'arrêté royal du 22 janvier 2003 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management au sein des établissements scientifiques de l'État et apportant diverses modifications aux statuts du personnel des établissements scientifiques de l'État et depuis lors, des jurys bilingues ont été organisés¹⁶⁹.

Selon le Conseil d'État,

« [I]a comparaison des titres et mérites des candidats à un emploi public est généralement considérée comme un moyen de garantir l'égalité d'admissibilité aux emplois publics qui est elle-même une application des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution ; que si, à tort ou à raison, un autre système se substitue à celui qui repose sur la comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats, ce système doit, pour respecter le prescrit constitutionnel, garantir aussi sûrement l'égalité d'admissibilité des citoyens aux emplois publics ; qu'en dehors de l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, où des dispositions impératives de la législation linguistique réservent la désignation à un candidat francophone ou néerlandophone, la désignation doit revenir au candidat le plus apte ; qu'à l'instar de la section de législation dans son avis n° 32.344/1 du 11 octobre 2001, il y a lieu de constater qu'il est à tout le moins incertain que le système d'une sélection parallèle, d'une part, de candidats francophones et, d'autre part, de candidats néerlandophones permette effectivement à l'autorité investie du pouvoir de nomination de mettre en balance les aptitudes des candidats d'une manière tout à fait objective et égale » (refus d'application et suspension de l'attribution de la mention « moins apte »).

A fortiori, l'éviction d'une candidate à l'issue d'une procédure dite comparative mais avant la comparaison effective est tout simplement improbable.

- En 2007, le Conseil d'État a eu l'occasion d'indiquer que si une épreuve de type « *assessment* » est une méthode scientifique éprouvée visant à objectiver l'estimation du potentiel managérial des candidats, encore faut-il qu'elle soit réalisée avec soin

¹⁵⁹ Remplaçant pour l'essentiel les articles 339 à 360 du livre II de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne, en abrégé Code de la fonction publique wallonne, déjà remplacés précédemment par arrêté du 31 août 2006 et modifiés par arrêté du 27 mars 2009.

¹⁶⁰ L'Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 instaurant un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiophonie et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XIII (*M.B.*, 11 juillet 2003) réglait la question jusqu'à son annulation par le Conseil d'État avec l'arrêt *Degueldre* n° 142.684 du 25 mars 2005. Lui avait succédé l'Arrêté du 1^{er} décembre 2006 instaurant un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiophonie et des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de secteur XVII.

¹⁶¹ *M.B.*, 6 février 2013, pour les deux arrêtés publiés en même temps.

¹⁶² Article 344 du Code de la fonction publique wallonne et article 18 de l'Arrêté mandats.

¹⁶³ V. *supra* § 11 et s.

¹⁶⁴ Comp. C.E., *Jadot*, n° 98.735, 7 septembre 2001 : conférer une liberté illimitée de désigner le candidat de son choix au sein du groupe des candidats les plus aptes, en l'absence de classement, viole les principes généraux de la fonction publique et le principe constitutionnel de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics.

¹⁶⁵ V. l'Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 septembre 2003 organisant la formation en vue de l'obtention du brevet de management public.

¹⁶⁶ C.E., *Vanhooren*, n° 120.788, 23 juin 2003 ; C.E., *Nicaise*, n° 120.789, 23 juin 2003 ; C.E., *Rogaert*, n° 120.790, 23 juin 2003 ; C.E., *Leyvaq*, n° 120.791, 23 juin 2003 ; C.E., *Rogaert*, n° 140.495, 11 février 2005. Rejet à défaut d'intérêt : C.E., *Wagimant*, n° 120.787, 23 juin 2003.

¹⁶⁷ Concernant la composition (bilingue) de la commission de sélection, v. C.E., *Legrand*, n° 203.570, 3 mai 2010 ; C.E., *Laes*, n° 214.411, 5 juillet 2011 ; C.E., *Jacquié*, n° 217.426, 23 janvier 2012.

¹⁶⁸ V. aussi C.E., *Abraham*, n° 128.641, 1^{er} mars 2004 ; C.E., *Caufriez*, n° 131.452, 14 mai 2004 ; C.E., *Reynders*, n° 146.728, 27 juin 2005 ; C.E., *Thunus*, n° 163.597 et n° 163.598, 13 octobre 2006 ; C.E., *Snykers*, n° 172.740, 26 juin 2007 ; C.E., *Legrand*, n° 167.292, 30 janvier 2007.

¹⁶⁹ Rem. C.E., *Dutordoir*, n° 178.021, 18 décembre 2007 : la répartition linguistique organisée par une disposition impérative de la loi constitue une circonstance exceptionnelle permettant de déroger au principe de l'unité du jury. Ce n'est que lorsque les candidats d'un rôle linguistique entrent en compétition avec ceux de l'autre rôle qu'un jury bilingue s'impose. Si le jury est bilingue, il doit comporter des membres des deux groupes linguistiques, afin de prendre connaissance des documents rédigés dans la langue des candidats. Rem. également : C.E., *Terwagne*, n° 120.122, 3 juin 2003 ; C.E., *Thunus*, n° 194.799, 29 juin 2009 et n° 194.974, 30 juin 2009 ; C.E., *Laes*, n° 214.411, 5 juillet 2011 ; C.E., *Jacquié*, n° 217.426, 23 janvier 2012.

quel que soit le délai imparti et le nombre de candidats. Lorsque l'épreuve est réalisée par un bureau de consultance externe, l'administration (en l'espèce le Selor) demeure responsable du contrôle préalable et de l'exécution correcte des missions qu'elle n'a pas accomplies elle-même. La plus grande objectivité possible qu'une administration doit observer, lors d'une procédure de sélection, n'est pas atteinte, lorsqu'un candidat n'est évalué que par un seul examinateur lors d'une épreuve orale. En outre, le rapport ne permet pas de déduire avec précision, en l'espèce, quelle conclusion a été tirée de quelle épreuve et pourquoi, comme attendu en raison du caractère subjectif de l'évaluation (annulation de la décision d'exclure le requérant de toute participation ultérieure à la procédure de désignation d'un directeur sur la base d'une évaluation « pas apte » après un assessment réalisé dans de telles conditions)¹⁷⁰.

- Sur un autre point, un candidat évincé reprochait que les tests informatisés n'aient pas un contenu rigoureusement identique en français et en néerlandais.

Selon le Conseil d'État, cependant,

« compte tenu de l'avis n° 36.650/1 de la section de législation du Conseil d'État et du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 octobre 2001 précité, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 15 juin 2004, le terme "contenu" figurant dans l'article 7, §2, alinéa 2, de cet arrêté vise à avoir, pour chaque rôle linguistique, des tests portant tant sur l'aptitude de gestion et d'organisation des candidats que sur leur personnalité et que la formulation, les questions posées et les textes soumis aux candidats francophones et néerlandophones lors de ces tests doivent être similaires, ce qui n'exclut pas certaines différences dues aux exigences propres à chaque langue ; que toute autre interprétation rendrait impossible la réalisation de ces tests »¹⁷¹.

- Le Conseil d'État a également rappelé que la rupture alléguée de l'équilibre linguistique devant exister entre les titulaires de fonctions de management au niveau fédéral s'apprécie à la date de la désignation d'un de ces titulaires par le Roi. Un moyen pris sur cette base par un candidat d'ores et déjà évincé (par exemple lorsqu'il est versé dans le groupe C) n'est donc pas fondé, tant qu'une désignation n'a pas eu lieu¹⁷².
- Un candidat évincé reprochait encore au Selor de ne pas lui avoir communiqué spontanément la composition de la commission de sélection en annexe à sa convocation comme pour les autres candidats, ce qui aurait porté atteinte à son droit de récusation à défaut d'avoir pu mettre à profit le délai de convocation pour entreprendre des recherches approfondies sur ce point.

Selon le Conseil d'État,

« l'évidence commande (...) qu'une cause de récusation apparaisse de prime abord, sans devoir faire de longues recherches, au moyen d'internet, sur la carrière professionnelle et politique des membres composant une commission de sélection ».

En l'espèce, les éléments soulevés *a posteriori*, tous liés à l'appartenance politique de certains membres et aux fonctions exercées précédemment, ont été rejetés sans difficulté par la commission de sélection, de manière telle que le traitement différencié dont il a fait inopinément l'objet n'a pas pu affecter négativement son droit de récusation *in concreto*¹⁷³.

- En ce qui concerne la comparaison des titres et mérites des candidats, le Conseil d'État rappelle régulièrement, comme pour les autres agents, qu'il ne peut, dans le cadre d'un processus de sélection, substituer son appréciation des candidats à celle de l'autorité, sauf à démontrer que celle-ci a commis une erreur manifeste d'appréciation¹⁷⁴. « [M]ême si l'évaluation concerne chaque candidat individuellement, elle doit toutefois reposer sur des critères identiques et revêt nécessairement un caractère comparatif »¹⁷⁵, ce qui implique notamment de poser à chaque candidat l'ensemble des questions (en l'espèce relatives aux compétences techniques) pour éviter de se priver de la possibilité d'apprécier de manière globale et complète les profils technique et générique. Les pièces du dossier administratif doivent en outre permettre au Conseil d'État de vérifier la base sur laquelle le profil (générique) a été évalué¹⁷⁶.

Récemment encore, le Conseil d'État a considéré que la commission de sélection a correctement opéré la comparaison des titres et mérites des candidats en optant pour des critères d'évaluation conformes à la réglementation en vigueur en rapport avec le profil du mandat à pourvoir, en mettant en évidence les points forts et les points faibles de chaque candidat et en faisant reposer son choix final sur une motivation pertinente et adéquate eu égard aux éléments du dossier, sans « aucune erreur manifeste d'appréciation »¹⁷⁷. Il faut dire que les deux candidats étaient excellents. Le requérant reprochait à l'autorité d'avoir habillé un choix politique antérieur à la déclaration de vacance et d'avoir fait part belle, à cette fin, à l'entretien oral. Le Conseil d'État souligne l'unanimité de l'avis de la commission de sélection et la circonstance que si la grille d'évaluation des candidats, sur laquelle se fonde le classement, est essentiellement basée sur les prestations lors de l'entretien et de l'épreuve de mise en situation, cette grille reprend des critères qui ont nécessité la prise en compte de l'expérience des candidats ainsi que l'examen de leur plan de gestion. Ainsi, les candidats ont été invités à se présenter et donc, à s'expliquer sur les atouts de leurs titres et mérites par rapport au profil de la fonction à pourvoir. L'entretien oral a permis de mieux cerner certains éléments du plan de gestion de la partie intervenante, ce qui n'est toutefois pas de nature à vicier l'évaluation des candidats, dès lors que rien n'impose de noter distinctement le plan de gestion des réponses et précisions fournies lors de la prestation orale. L'appréciation du leadership de chacun des candidats est différent mais ne permet pas de conclure à l'évidence d'un meilleur classement du requérant.

Selon le Conseil d'État,

« l'avis du jury motive de manière pertinente les raisons de la préférence donnée à la candidature [retenue] ; (...) en soulignant que ce candidat "développe mieux des capacités de management et de gestion des ressources humaines, d'innovation et de proactivité nécessaires pour réaliser les objectifs du Gouvernement", les conclusions de l'avis de la commission de sélection sont conformes à l'appréciation des différents critères de la grille d'évaluation et plus particulièrement, ceux relatifs à "l'aptitude de management" et à "l'aptitude relationnelle" »¹⁷⁸.

- Le rapport de la commission de sélection doit être adéquatement motivé, ce qui exclut les formulations stéréotypées. Le Conseil d'État a déjà jugé, par exemple, que : « le rapport de la Commission de sélection que confirme l'acte attaqué se borne à mentionner des noms au regard des emplois vacants et à constater que chacune des personnes dont le

170 C.E., Van Peer, n° 174.318, 10 septembre 2007. Le bureau de conseil avait également commis un manquement vis-à-vis des critères qualitatifs imposés par la circulaire qui prévoyait l'intervention d'un consultant senior.

171 C.E., Laes, n° 214.411, 5 juillet 2011. De même C.E., Jacqui, n° 217.426, 23 janvier 2012.

172 C.E., Laes, n° 214.411, 5 juillet 2011. De même C.E., Jacqui, n° 217.426, 23 janvier 2012 ; C.E., Legrand, n° 203.570, 3 mai 2010 (la circonstance que deux présidents de comité de direction exerçaient la fonction *ad interim* n'affectant pas le respect de l'équilibre linguistique).

173 C.E., Jacqui, n° 217.426, 23 janvier 2012.

174 C.E., Laes, n° 214.411, 5 juillet 2011 ; C.E., Jacqui, n° 217.426, 23 janvier 2012.

175 C.E., Laes, n° 204.776, 4 juin 2010.

176 Le dossier ne comportait pas le compte-rendu de l'épreuve orale du requérant ni la grille d'évaluation ni le compte-rendu de l'épreuve présentée par les autres candidats et, plus particulièrement, par le seul candidat jugé « très apte ».

177 C.E., Van der Stichele, n° 222.558, 19 février 2013.

178 Aménagé par nos soins.

*nom est mentionné est la plus compétente pour l'emploi, puis de constater qu'il y a des agents plus compétents que le requérant ; qu'une telle formulation stéréotypée n'est en rien révélatrice des titres et mérites des candidats ni des motifs de la préférence accordée à certains d'entre eux et que le dossier administratif ne contient aucun élément de nature à procurer quelque information que ce soit à cet égard »*¹⁷⁹ (annulation).

- Enfin, le récent arrêt *Van der Stichele* n° 222.558 du 19 février 2013, rejetant le recours introduit contre la désignation de Christian LAMOULINE en tant que secrétaire général du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, dans le cadre linguistique français, est intéressant à plusieurs égards¹⁸⁰.

À la suite d'un accord avec les syndicats qui souhaitaient que les titulaires des premiers mandats soient choisis dans un cercle plus restreint, l'article 451 octies de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 limite, pour les primominations aux mandats en cause, les candidatures *externes* à celles d'agents statutaires ou contractuels du secteur public, en ce compris les membres du personnel d'une assemblée parlementaire et des conseils des commissions communautaires, à l'exclusion de candidats du secteur privé (procédure semi-ouverte).

D'une part, se posait ainsi la question de savoir si le membre d'un cabinet ministériel (en l'occurrence son directeur) pouvait poser sa candidature à la fonction de secrétaire général. Retenant une interprétation restrictive d'une disposition qui exclut certaines personnes normalement visées par la règle générale, le Conseil d'État considère que « *la notion d'agents statutaires et contractuels du secteur public revêt un caractère particulièrement large, dès lors qu'elle vise toute forme de collaboration professionnelle, à l'exclusion des seuls travailleurs indépendants* ». Elle inclut donc le membre d'un cabinet ministériel dans la mesure où les cabinets ministériels relèvent du secteur public et la relation de travail régie de manière unilatérale et réglementaire au sein d'un cabinet ministériel doit être assimilée à un régime statutaire (arrêté, désignation, allocations calquées sur les échelles barémiques).

D'autre part, le Conseil d'État a considéré que limiter l'accès à la fonction dirigeante de Secrétaire général aux seuls candidats du secteur public (personnel statutaire et contractuel) pour une première désignation, n'était pas en soi discriminatoire, dès lors qu'« *il existe [...] une différence objective entre ces catégories de candidats dont les uns relèvent du secteur public et les autres du secteur privé* ». En toute hypothèse, tant le requérant que l'intervenant relèvent du secteur public, de manière telle que « *la critique est irrecevable en tant qu'elle invoquerait une discrimination aux dépens des candidats du secteur privé* ».

C. — L'évaluation

36 – Le mandataire fait l'objet d'une évaluation tant en cours de mandat (à plusieurs reprises) qu'au terme de celui-ci. Il s'agit principalement d'une évaluation par objectifs. L'évaluation est susceptible d'avoir un impact sur le maintien et le renouvellement (éventuel) du mandataire¹⁸¹. Ainsi, dans la fonction publique fédérale, l'article 25, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 29 septembre 2001 prévoit que « *si une fonction de management est déclarée vacante par le ministre concerné et si son titulaire dont le mandat a pris fin pose sa candidature, les organes visés à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, et § 2, alinéa 2, lui donnent un nouveau mandat pour autant qu'il ait reçu la mention finale "très bon"* ».

Sur une question relative à l'évaluation (la possibilité pour le comité de recours en matière d'évaluation de se faire assister d'un expert), le Conseil d'État a affirmé :

*« que s'il existe une différence de traitement [entre] les titulaires d'une fonction de management et les autres agents de l'État en matière de recours, ces deux catégories ne se trouvent pas dans des situations comparables, dès lors que la situation des agents de l'État est régie principalement par l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État alors que celle des titulaires d'une fonction de management est régie principalement par l'arrêté royal du 29 octobre 2003, dont l'article 3 met en exergue la spécificité des fonctions de management ; que cette différence de traitement ne constitue pas une discrimination prohibée ; que le moyen n'est pas sérieux »*¹⁸².

La porte est ainsi ouverte sur des différences de régime entre les mandataires et les autres agents, à justifier par la spécificité des fonctions de management.

¹⁷⁹ C.E., *Terwagne*, n° 120.122, 3 juin 2003.

¹⁸⁰ L'arrêt a au demeurant déjà été cité ci-dessus.

¹⁸¹ Pour un aperçu des règles applicables aux niveaux fédéral et fédérés, v. A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, pp. 133-135 et 138-139 en sachant que le Code wallon de la fonction publique a été modifié récemment.

¹⁸² C.E., *Brayne*, n° 212.133, 18 mars 2011.